Staatliche Finanzierung der Wahrnehmung übertragener Verwaltungsaufgaben durch Private

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Gerd Eckhardt

aus Kirchheim/Neckar

1974

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Menger

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Achterberg

Dekan: Dr. Kollhosser

Tag der mündlichen Prüfung: 11. 2. 1974

Staatliche Finanzierung der Wahrnehmung übertragener Verwaltungsaufgaben durch Private

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Gerd Eckhardt

aus Kirchheim/Neckar

1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

G l i e d e r u n g

Seite:

Einleitung 1

I. Themenabgrenzung und Gang der Untersuchung

1. Private 4
2. Verwaltungsaufgaben 6
   a) Der Bezug zu öffentlichen Aufgaben 6
   b) Staatszwecke und -aufgaben 9
   c) Verwaltungsaufgaben und Funktionenteilung 12
3. Übertragungsakte 12
   a) Vermittlung von Eingriffs- und Entscheidungsbefugnissen 13
   b) Konkretisierung einer Pflichtenstellung 14
4. Finanzierung übertragener Verwaltungsaufgaben 16

II. Darstellung und Kritik der aus dem Entschädigungsrecht entwickelten Lösungsansätze

1. Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen 18
   a) Die thematische Betroffenheit des Eigentumsgrundrechts 18
      aa) Eigentumsschutz als Bestandsschutz 19
      bb) Rentabilität als Schutzobjekt 20
      cc) Einbeziehung vermögenswerter Leistungen 22
   b) Die Einschränkung der Handlungsfreiheit 24
      aa) Wahrnehmungspflicht als Berufsregelung 24
      bb) Begrenzung der allgemeinen Handlungsfreiheit 26
   c) Die Abgrenzung von Eigentums- und Handlungsfreiheit 28
      aa) Beruf und Eigentumserwerb 28
      bb) Interdependenz von Eigentum und Freiheit 29
      cc) Eigentum und Wahrnehmungspflicht 32
   d) Zusammenfassung 33

Seite:

2. Die am Sonderopfergedanken orientierte Lösung 34
a) Problemstand 34
b) Der Standort des "Entgeltlichkeitssystems" 35
aa) Systemtreue als Gebot zur Richtlinienbefolgung 35
bb) Möglichkeiten der Ableitung systembildender Sätze aus einzelnen Regelungen 38
cc) Identität von "Entgeltlichkeitssystem" und Sonderopfergedanken 40
c) Überblick über die Entwicklung des Aufopferungsgedankens 42
aa) historische Ausgangslage 42
bb) Stellung im Entschädigungssystem 44
cc) teleologische Aspekte 45
d) Der Sonderopfergedanke im Hinblick auf die Grundrechte 45
aa) Problemfrage 45
bb) Erfolgsqualifizierte Rechtswidrigkeit und Sonderopferausgleich 46
cc) Aufopferung und Abwehrfunktion der Grundrechte 47
dd) Subsidiarität des Sonderopferausgleichs 49
e) Ergebnis 50

3. Die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitete Ausgleichspflicht 51
a) Relativierung des Eingriffs durch Ausgleichszahlungen 51
b) Die Unentgeltlichkeit in der Zweck-Mittel-Relation 53
c) Stellungnahme 54

III. Der Gleichheitssatz als anspruchsbegründendes Moment

1. Subventionen als Entgelt für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben 56
a) Übersicht über Subventionsansprüche 56
aa) Ausgewählte unterverfassungsrechtliche Normen 57
bb) Versuche grundrechtlicher Absicherung 59

Seite:

b) Motivationen für die Subventionsgewährung 62
aa) Subventionsbegriff 62
bb) Förderung öffentlicher Zwecke und Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben 65
(1) Primär- und Endzwecke der Subventionierung 65
(2) Subventionierung und Indienstnahme 67
(3) Potentielle Identität von Subventionszweck und Verwaltungsaufgabe 69
cc) Subventionierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts 70
(1) Befund 70
(2) Subvention und Einflußnahme 73
(3) Partizipation am Tätigkeitserfolg 75
c)Chancengleichheit als Gebot zur Finanzierung staatlicher und privater Aufgabenerfüllung 77
aa) Das materielle Element der Gleichheitsprüfung 77
bb) Die Aufgabenerfüllung als "wesentliches" Element der Gleichheitsbeziehungen 79
(1) Qualität der Aufgabe 80
(2) Bedeutung der Organisationsform 81
(3) Wettbewerbsverzerrungen 83
cc) Rechtsfolgen erkannter Ungleichbehandlung 84
d) Ergebnis 86

2. Ableitung von Ausgleichsansprüchen im schienengebundenen öffentlichen Personennahverkehr 87
a) Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Vergleich zur Regelung des Bundesbahngesetzes 87
b) Die tatbestandliche Ausgangslage des Anspruchs nach § 28 a BbG 92
c) Die Situation der nichtbundeseigenen Eisenbahnen 94
d) Die Vergleichbarkeit in der Ausgangslage und in der Bewertung des Unternehmenserfolges 95

Seite:

IV. Möglichkeiten der Entwicklung eines Entgeltanspruchs aus Art.33 Abs.5 GG

1. Der Begriff des öffentlichen Dienstes 98
2. Recht des öffentlichen Dienstes i.S.d. Art.33 Abs.5 GG 103
3. Beamtenrechtsähnliche Stellung Beliehener 106

V. Die staatliche Finanzierungspflicht

1. Problemsicht 109
   a) Finanzierung kommunaler Aufgaben 110
   b) Gewährträgerhaftung und Garantiepflicht 111
   c) Arbeitshypothese 113
2. Private und staatliche Wahrnehmungszuständigkeit 114
   a) Finanzverfassungsrechtliche Ausgangslage 114
   b) Private im föderalistischen Kompetenzsystem 116
   c) Stellung in der staatlichen Verwaltung 119
   d) Auftragsgrundsätze 121
3. Sachverantwortung 125
   a) Begriffliche Vorfragen 125
   b) Demokratisches Prinzip 126
   c) Garantenstellung des Staates 129
   d) Zwischenergebnis 132
4. Finanzierungsverantwortung 132
   a) Grundlagen einer Finanzierungspflicht 132
   b) Realisierte Finanzierungsverantwortung 134
   c) Finanzierung privater Aufgabenerfüllung 135
5. Aufgabenwahrnehmung und Kostentragung 136
   a) Defizit und Einstandspflicht 137
   b) Gleichheit und Finanzierung 138

Abkürzungsverzeichnis

AEG	= Allgemeines Eisenbahngesetz
AöR	= Archiv der öffentlichen Verwaltung
AS	= Amtliche Sammlung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BaWü	= Baden-Württemberg
Bay.	= Bayern, bayrisch
BayObLG	= Bayrisches Oberlandesgericht
BayStrWG	= Bayrisches Staßen- und Wegegesetz
BayVBl	= Bayrische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebsberater
BbG	= Bundesbahngesetz
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBl I	= Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BLG	= Bundesleistungsgesetz
BR-Drucks.	= Bundesratsdrucksache
BSG	= Bundessozialgericht
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
bw	= baden-württembergisch
DB	= Deutsche Bundesbahn
DemGem	= Die demokratische Gemeinde
DÖH	= Der öffentliche Haushalt
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DÖW	= Die öffentliche Wirtschaft
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entscheidung
Einl.Pr.ALR	= Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht
ERP	= European Research Program
EvStL	= Evangelisches Staatslexikon
GBl	= Gesetzblatt
GewArch	= Gewerbearchiv
GewStG	= Gewerbesteuergesetz
GG	= Grundgesetz
GO	= Gemeindeordnung
GoA	= Geschäftsführung ohne Auftrag
GrStG	= Grundsteuergesetz
GVBl	= Gesetzes- und Verordnungsblatt
he	= hessisch
h.M.	= herrschende Meinung
HRRVwR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
i.d.F.	= in der Fassung
Institut FST	= Institut für "Finanzen und Steuern"e.V.

i.V.m.	= in Verbindung mit
i.w.S.	= im weiteren Sinne
Jhrg.	= Jahrgang
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	= Juristische Schulung
JVBl	= Justizverwaltungsblatt
JZ	= Juristenzeitung
KHG	= Krankenhausgesetz
KommR	= Kommunalrecht
m.Anm.	= mit Anmerkungen
m.a.W.	= mit anderen Worten
MDR	= Monatsschrift des deutschen Rechts
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
Nachw.	= Nachweise
Nds	= Niedersachsen, niedersächsisch
NE-Bahn	= nichtbundeseigene Eisenbahn
NJW	= Neue juristische Wochenschrift
NW, nw	= Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
OVG	= Oberverwaltungsgericht
pr.	= preußisch
Rdn.	= Randnummer
RGBl	= Reichsgesetzblatt
Rhl.Pf.,rhl.pf.	= Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RLG	= Reichsleistungsgesetz
RVO	= Reichsversicherungsordnung
sa	= saarländisch
Sbgkt	= Die Sozialgerichtsbarkeit
sh	= schleswig-holsteinisch
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
Sp.	= Spalte
StB	= Der Städtebund
St(u)GB	= Städte- und Gemeindebund
UStG	= Umsatzsteuergesetz
Verf.	= Verfassung
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwR	= Verwaltungsrecht
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung
VG	= Verwaltungsgericht
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VÖV	= Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe
VStG	= Vermögenssteuergesetz
VwR	= Verwaltungsrecht
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WVwR	= Wirtschaftsverwaltungsrecht

Im übrigen werden die üblichen Abkürzungen benutzt.

Literaturverzeichnis

ACHTERBERG, Norbert: Probleme der Funktionenlehre, München 1970

- Die interkörperschaftliche Haftung im Bundesstaat am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, DVBl 1970, S. 125 - 133

ADAM, Wilhelm, und STIEFEL, Karl Heinz; Krankenhausfinanzierungsgesetz (Kommentar), Köln und Berlin 1972

BACHOF, Otto: Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR Bd. 83 (1958), S. 208 - 279

BADURA, Peter: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963

- Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR Bd. 92 (1967), S. 382 - 407
- Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 - 455
- Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Frankfurt a.M. 1971
- Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, AöR Bd. 98 (1973), S. 153 - 173
- Die soziale Schlüsselstellung des Eigentums, BayVBL 1973, S. 1 - 4

BALLER, Gerhard: Zweifelsfragen zu dem Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter, Sgbkt 1973, S. 8 - 13

BARION, Hans: Gleich und ungleich in der Schulfinanzierung, DÖV 1967, S.516 - 519

BARKHAU, Werner: Öffentlich - rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, Stuttgart 1954

BATTIS, Ulrich: Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, Berlin 1969

BAUR, Fritz: Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag, DVBl 1965, S. 993 - 896

BAUSCHKE - KLOEPFER: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, NJW 1971, S. 1233 - 1239

BECK, Christoph: Kommunale Konzessionierung im Versorgungs- und Verkehrswesen und Konzessionsabgaben, Diss.rer.oec. Mannheim 1965

BENDER, Bernd: Staatshaftungsrecht, Karlsruhe 1971

BENZ, Winfried: Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, Stuttgart 1969

BERKEMANN, Jörg: Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften, Hamburg 1966

BETHGE, Herbert: Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, Diss.iur. Köln 1968

BERNHARD, Rudolf: Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302 - 308

BETTERMANN, Karl August: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, in: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte Bd. III 2.Halbband, Berlin 1959

BIERMANN, Jürgen: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen staatlicher Monopole im Grundgesetz, Diss.iur. Mainz 1965

BOCKELBERG, Helmut von: Die Eigentumsgarantie des Art 14 des Grundgesetzes als Grundlage des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaats und die mögliche Aushöhlung dieser Garantie durch das Steuerrecht, BB 1973, S. 669 - 674

BÖCKENFÖRDE, Ernst - Wolfgang: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957

- Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964

- Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL Heft 28 (1970), S. 33 - 88

BOERGEN, Rüdiger: Die Gründung privatrechtlich organisierter bundesabhängiger Nicht-Wirtschafts-Unternehmen, DVBl 1971, S. 869 - 878

BÖRNER, Bodo: Staatsmacht und Wirtschaftsfreiheit, Bad Homburg v.d.H. 1970

- Irrwisch Daseinsvorsorge, BayVBl 1971, S. 406 - 408

BRAND, Jürgen: Die Rechtsstellung des Beliehenen, Diss.iur. Münster 1953

BREUER, Rüdiger: Selbstbindung des Gesetzgebers durch Programm- und Plangesetze, DVBl 1970, S. 101 105

BROHM, Winfried: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart und Berlin 1969

BULL, Hans Peter: Arbeitsvermittlung - Staatsmonopol für alle Zeiten?, JZ 1967, S. 564 - 566

- Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt a.M. 1973

BURGER, Friedrich: Artikel 33 Grundgesetz und die sogenannten staatlich gebundenen Berufe, Diss.iur. Marburg 1967

BURMEISTER, Joachim: Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, Frankfurt a.M. 1971

CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von: Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, Göttingen 1967

CANARIS, Claus - Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964

CANTNER, Walter: Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch private Unternehmer, Diss.iur Tübingen 1932

CLAUSEN, Harald: Der Einfluß der Gemeinde auf die kommunale Sparkasse: Berlin 1964

COING, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1969 2.Aufl.

CRONAU, Günter: Der Haushaltsplan als Ermächtigungsgrundlage für die sozialgestaltende Verwaltung, Diss.iur. Münster 1962

DAGTOGLOU, Prodromos: Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DÖV 1970, S. 532 - 537

- Staatshaftung (Eine Kommentierung zu Art 34 GG), Hamburg 1971

DEBELIUS, Jörg: Die Struktur des Anspruchs aus einem rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff, Diss.iur Marburg 1968

DEUTSCHER STÄDTE- UND GEMEINDEBUND: Leitsätze zur Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs, DemGem 1973, S. 519 f.

DÖRFFLER, Wolfgang: Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963, S. 14 f.

DÜRIG, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR Bd. 81 (1956), S. 117 - 157

EHLERMANN, Klaus - Dieter: Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957

EICHHORN, Peter, und FRIEDRICH, Peter: Untersuchung über den Nutzen kommunaler Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, Berlin 1970

ELLWEIN, Thomas: Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben, DÖV 1972, S. 13 - 16

- und ZOLL, Ralf: Berufsbeamtentum - Anspruch und Wirklichkeit, Düsseldorf 1973

EMMERICH, Volker: Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H.

- Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt a.M. 1970

ENNECCERUS - LEHMANN: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung Tübingen 1958

EPPE, Franz: Subventionen und staatliche Geschenke, Diss.iur. Münster 1966

ERICHSEN, Hans - Uwe: Die Konnexität von Aufgabe und Finanzierungskompetenz im Bund - Länderverhältnis, Bad Homburg v.d.H. 1968

- Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Frankfurt a.M. 1971

- Vorbeugender Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, VerwArch Bd. 62 (1971), 418 - 423

ERMAN, Walter: Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag, NJW 1965, S. 421 - 424

ESSER, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970

EVERS, Hans - Ulrich: Verwaltung und Schule, VVDStRL Heft 23 (1965), S. 147 - 198

- Zum Rechtsgebot der Systemtreue bei Gebietsreformen, Der Städtebund 1970, S. 230 - 235

- Anmerkung zum Urteil des OVG Berlin vom 7.12.1972 - V B 37.71, JZ 1973, S. 555 f.

FLEINER, Fritz: institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl. Tübingen 1928

FLEISCHMANN, Eugen: Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 197

FORSTHOFF, Ernst: Die öffentlichen Körperschaften im Bundesstaat. Tübingen 1931

- Der Staat der Industriegesellschaft, Tübingen 1971

- und MÜLLER: Gutachten über die rechtliche Stellung der Technischen Überwachungsvereine, 2.Aufl. Essen 1952

FRIAUF, Karl - Heinrich: Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl 1966, S. 729 - 738

- Anmerkung zu dem Urteil des BVerwG vom 3o.1o.1968 - VII C 122.66 und vom 25.1o1968 - VII C 9o.66, DVBl 1969, S.368 - 372

- Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat DVBl. 1971, S. 647 - 682

FRIEDERICHS,Helmut: Zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, S. 113 f.

FRÖHLER, Ludwig: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, GewArch 1972, S. 113 - 118

FROMM, Günter: Der Ausgleichsanspruch für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Leistungen in der Verkehrsgesetzgebung, DVBl 1971, S. 161 - 165

- Wiederherstellung geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse im öffentlichen Personennahverkehr - das Gebot der Stunde, Kommunalwirtschaft 1973, S. 285 f.

FUß, Ernst - Werner: Verwaltung und Schule, VVDStRL Heft 23, (1965), S. 199 - 248

GALLWAS, Hans - Ullrich: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Heft 29 (1971), S. 224 ff.

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch unentgeltliche Dienstleistungen Privater, BayVBl 1971, S. 245 - 249

GAUSE, Hermann: Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss.iur. Kiel 1967

GELLER, Hans - Michael: Die Zweckzuweisungen des Landes Nordrhein - Westfalen an seine Gemeinden, Diss.iur. Köln 197o

GENTZ, Manfred: Zur Verhältnismäßigkeit von Grundredhtseingriffen NJW 1968, S. 16oo - 16o7

GIEHL, H.: Die öffentliche Verwaltung in der modernen Gesellschaft - Bürokratie oder Management, Bay VBl 1972, S. 57 - 62

GODSCHALK; Zur Frage der Amtspflichtverletzung i.S. des § 839 BGB, RiA 1959, S. 232 f.

GÖTZ, Volkmar: Recht der Wirtschaftssubventionen, München 1966

GREß, Josef: Hoheitliche Verwaltung durch juristische Personen des Privatrechts, SKV 1967, S. 122 - 128

GRIFFEL, Helmu: Die Haftung der Länder für Fehlbeträge an Bundesmitteln, DÖH 1957, S. 243 - 248

GRÖTTRUP, Hendrik: Die kommunale Leistungsverwaltung, Stuttgart 1973

GUENG, Urs: Zum Stand und den Entwicklungstendenzen im öffentlichen Entschädigungsrecht, Zürich 1967

GÜNTHER, Arno: in: Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, §§ 98 - 111, hrsg. von Werner Haustein, Frankfurt a.M. 1960

HAAS, Dieter: System der öffentlich - rechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955

HAASE, Wilhelm: Formen regionaler Wirtschaftsförderung im Zusammenhang mit der Gründung der Ruhrkohle AG, Diss.iur. Münster 1972

HÄBERLE, Peter: Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfG 20, 56, JuS 1967, S. 64 - 74

- Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Frankfurt a.M. 1970

- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL Heft 30 (1972), S. 43 - 141

HAMANN, Andreas: Zur Abgrenzung von Enteignung und Sozialbindung, NJW 1952, S. 401 - 405

- Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl 1963, S. 486 - 493

- und LENZ: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3.Aufl. Neuwied und Berlin 1970

HARNISCHFEGER, Horst: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, Hamburg 1966

HARSDORF, Herbert, und FRIEDRICH, Gottfried: Krankenhausfinanzierungsgesetz, Köln u.a. 1972

HAUSEN, Heinz von: Bundesleistungsgesetz, München 1957

HAUSTEIN, Werner: Die Träger öffentlicher Verwaltung im Eisenbahnrecht, AöR Bd. 11 (1926), S. 100 - 133

HECKEL, Hans: Umfang und Grenzen der Schulaufsicht, DÖV 1952, S. 617 - 621

- Schulverwaltung, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2: Kommunale Verwaltung, S. 110 - 164, hrsg. von Hans Peters, Berlin u.a. 1957

- und SEIPP, Paul: Schulrechtskunde, 4. Aufl. Neuwied und Berlin 1969

HECKT, Wilhelm: Die Entwicklung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, Institut "Finanzen und Steuern" e.V. Heft 103, Berlin 1973

HEERING, Uwe: Die zulässige staatliche Einflußnahme auf die Erledigung von Aufgaben durch die Gemeinden, Diss.iur. Hamburg 1969

HEIDORN, Hans - Henning: Finanzzuweisungen und Selbstverwaltungsgarantie, Diss.iur Münster 1970

HEINEN, Norbert: Die Rechtsstellung der Gemeinden und Gemeindeverbände als Gewährträger ihrer Sparkassen, Diss.iur. Münster 1969

HEINZE, Christian: Autonome und heteronome Verteilung, Berlin 197o

HELDEMANN, Horst: Probleme der Verkehrsrahmenplanung aus der Perspektive des Bundes, StGB 1973, S. 193 - 197

HENKE, Wilhelm: Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Heft 28 (197o), S. 149 - - 185

HENLE, Wilhelm: Die Förderung von Landesaufgaben aus Bundesmitteln, in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 63 - 77, Berlin 1961

- Finanzreform zwischen Föderalismus und Fiskalpolitik, DÖV 1966, S. 6o8 - 619

HENZE, Karl - Otto: Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zu Gunsten Privater, Heidelberg 1958

HERING, Eugen: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Schulrecht, DÖV 1968, S. 94 - 1o2

HERZOG, Roman: Allgemeine Staatslehre, Frankfurt 1971

HESSE, Ernst: Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art 2 I GG bei der Verwirklichung einer "verfassungsmäßigen Ordnung", Berlin 1968

HESSE, Hans Albrecht: Der Einzelne und sein Beruf: Die Auslegung des Art 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht, AöR Bd. 95 (197o), S. 449 - 474

HESSE, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4.Aufl. Karlsruhe 197o

HEUSER, Gerhard: Die Rechtsnatur des Aufopferungsanspruchs, Diss.iur. Marburg 1969

HEYEN, Erk Volkmar: Das staatstheoretische und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, Berlin 1973

HOEPFFNER, Arnd G.: Die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Verwaltung, Diss.iur Würzburg 1972

HOPPE, Werner: Der Fortbestand wirtschaftslenkender Maßnahmegesetze bei Änderung wirtschaftlicher Verhältnisse, DÖV 1965, S. 546 - 553

- Die kommunale Gebietsreform im Spannungsfeld von Neuordnungsmodellen und Einzelmaßnahmen, DVBl 1971, S. 473 - 48o

- Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Überprüfung von Neugliederungsgesetzen, StGB 1973, S. 228 - 236

HUBER, Ernst Rudolf: Beliehene Verbände, DVBl 1952, S. 456 - 46o

- Wirtschaftsverwaltungsrecht,Bd. I 2.Aufl. 1953, Bd. II 2.Aufl 1954, Tübingen

HURST, Karl: Gemeindeeinrichtungen, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Bd. 2, S. 833 - 900, 1957

IMBODEN, Max: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958

IPSEN, Hans Peter: Gesetzliche Indienstnahme für Verwaltungsaufgaben, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstage, S. 141, Stuttgart 1950

- Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin, Köln 1956

- Gesetzliche Bevorratungspflicht Privater, AöR Bd. 90 (1965), S. 393 - 440

- Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25 (1967), S. 257 - 307

ISENSEE, Josef: Der Fiskalbeamte - ein Fiskalprivileg, DÖV 1970, S. 397 - 405

JANKNECHT, Hans: Rechtsformen von Subventionierungen, Diss.iur. Münster 1964

JANSSEN, Günter: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgart 1961

JELLINEK, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3.Aufl. Bad Homburg v.d.H. 1960

JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, 3.Aufl. Offenburg 1948

JESSNITZER, Kurt: Die zivilrechtliche Haftung für Pflichtverletzungen von gerichtlichen Sachverständigen, JVBl 1972, S. 177 - 180

JUNG, Jörg: Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, Berlin 1971

KEIL, Gerhard: Die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinden nach der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 unter besonderer Berücksichtigung des Sparkassenwesens, Diss.iur Breslau 1938

KELM, Werner: Kosten- und Nutzenvergleich im Rahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung, Die Kommunalwirtschaft 1973, S. 205 - 207

KELSEN, Hans: Allgemeine Staatslehre, Zürich und Berlin 1966, Nachdruck der 1.Aufl. von 1925

KIMMINICH, Otto: Die öffentlich - rechtlichen Entschädigungspflichten, JuS 1969, S. 349 - 359

- Bonner Kommentar 1969

KLEIN, Friedrich: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemeinschaftsaufgaben, in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 125 - 174, Berlin 1961

KLEIN, Hans H.: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755 - 759

- Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart 1968

- "Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht, DVBl 1968, S. 129 - 134

KLOEPFER, Michael: Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 197o

KÖLBLE, Josef: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund und Ländern sowie zwischen den Ländern. Arten, Formen und Ziele, in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, S. 17 - 62, Berlin 1961

KÖTTGEN, Arnold: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalten, VVDStRL Heft 6 (1929), S. 1o5 - 143

- Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR Bd. 3 (1954), S. 67 - 147

- Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR Bd. 11 (1962), S. 173 - 311

KONOW, Karl Otto; Die Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Lasten - - Zum Ausgleichsanspruch öffentlicher Unternehmen gegen den Staat, DÖW 1972, S. 25 - 27

KRANE, Wolfgang, und SAUER, Walter: Finanzierungshilfen für Gemeinden und Wirtschaft in Nordrhein - Westfalen, Köln u.a. 1972

KRAUTZBERGER, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971

KREUSSLER, Horst: Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen, Berlin 1972

KRIELE, Martin: Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963

KROHN, Günter: Zulässigkeit und Grenzen der Überwälzung von Steuerabführungspflichten auf private Unternehmer, BB 1969, S. 1233 - 1237

KRUCHEN, Erich: in: Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, hrsg. von Werner Haustein, Frankfurt a.M. 196o

KRÜGER, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 1964

- Die Bestimmung des Eigentumsinhaltes (Art 14 Abs. I S. 2 GG), in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 71 - 84, Hamburg 1966

KRUSE, Volker: Die Rechtsstellung und Beaufsichtigung der Notare auf Grund der Reichsnotarordnung und der Bundesnotarordnung, Diss.iur. Münster 1962

KURZ, Hans: Das Recht des Schienenverkehrs in Bayern, BayVBl 1971 S. 4o1 - 4o6 und S. 454 - 46o

LABS, Walter: Personennahverkehr in Stadt und Region, Troisdorf 1971

- Die Sanierung des öffentlichen Personennahverkehrs darf nicht aufgegeben werden, Der Städtetag 1972, S. 397 - 399

- Maßnahmen gegen zunehmende wirtschaftliche Schwäche des öffentlichen Personennahverkehrs, Der Landkreis 1972, S. 239 - 24o

- Hoffnungen auf das Konzept des Bundesverkehrsministeriums zur Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs, DÖW 1972, S.2

LANGE, Klaus: Systemgerechtigkeit, Die Verwaltung 1971, S. 259 - - 278

- Ausgleichsansprüche für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Verkehrswesen, DVBl 1971, S. 775 - 781

LEIBHOLZ - RINCK: Grundgesetz (Kommentar), Köln-Marienburg 1966

LEINWEBER, Adolph: Gibt es ein Naturrecht?, Berlin und New York 3. Aufl. 1972

LEISNER, Walter: Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR Bd. 93 (1968), S. 161 - 199

LERCHE, Peter: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 237 - 243

- Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961

LINDGEN, Erich: Der Funktionsvorbehalt des Art 33 Abs. 4 GG und seine Durchbrechung, DöD 1972, S. 1 - 8

LOHR, Valentin: Satzungsgewalt und Staatsaufsicht, Stuttgart 1963

LUHMANN, Niklas: Öffentlich - rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berli 1965

von MANGOLDT - KLEIN: Das Bonner Grundgesetz (Kommentar), 2.Aufl. 7.Lieferung, München 197o

MARTENS, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. 1969

- Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 197o, S. 1o29 - - 1o3o

- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL Heft 3o (1972), S. 7 - 42

MAUNZ, Theodor: Rundfunk als öffentliche Verwaltung, BayVBl 1972, S. 169 - 172

MAUNZ - DÜRIG - HERZOG: Grundgesetz (Kommentar), München u. Berlin

MAURER, Hartmut: Polizei und Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 197o, S. 563 - 566

MAYER, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2, 3.Aufl. München und Leipzig 1924

MAYER, Richard: Struktur und Wandlung des Eisenbahnrechts, DöV 195o, S. 42o - 424

MEIER, Gert: Daseinsvorsorge mit Lebensmitteln - Gemeinschaftsaufgabe von Handel und Staat, BB 1972, S. 9o1 f.

MENGER, Christian - Friedrich: Zur verfassungsrechtlichen Stellung der deutschen politischen Parteien, AöR Bd. 78 (1952/53), S. 149 - 162

- System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

- Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 347 ff., München 1955

- Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl 196o, S. 297 - - 3o3

MENGER, Christian - Friedrich: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 51 (1960), S. 373 - 387, Bd. 52 (1961), S. 92 - 108, Bd. 53 (1962), S. 74 - 85 und S. 275 - 285

- Zur Selbstbindung der Verwaltung durch norminterpretierende Richtlinien, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 213 - 215=HRRVwR C 1

- Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, S. 147 ff., München 1973,

- Zu den Auswirkungen der Wissenschaftsfreiheit auf die Hochschulorganisation, VerwArch Bd. 65 (1974), Heft 1

- und ERICHSEN, Hans - Uwe: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 57 (1966), S. 377 - 392, Bd. 58 (1967), S. 278 - 293 und S. 375 - 389

MICHAELIS, Rüdiger: Der Beliehene; Diss.iur Münster 1969

MÖLLER, Ferdinand: Gemeindliche Subventionsverwaltung, Köln 1963

MOMBAUR, Peter Michael, und SIEBENMORGEN, Elisabeth: Kindergartengesetz Nordrhein - Westfalen, Köln und Berlin 1972

MRONZ, Dieter: Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, Berlin 1973

MÜNCH, Ingo von: Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960, S. 303 - 306

MUSSGNUG, Reinhard: Die zweckgebundene öffentliche Abgabe, in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1972

MUTIUS, Albert von: Gerichtskostenfreiheit bei Streitigkeiten über Ausbildungsförderung, VerwArch Bd. 64 (1973), S. 325 - - 328

- Zur Staatshaftung dei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, VerwArch Bd. 64 (1973), S. 433 - 444

- Grundrechte als "Teilhaberechte", zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des "numereus clausus", VerwArch Bd. 64 (1973), S. 183 - 195

NAWIASKY, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Zürich,Köln,Einsiedeln 1948

NEEßE, Gottfried: Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst, München und Wien 1967

NEUHOFER, Hans: Handbuch des Gemeinderechts, Wien und New York 1972

NIEMEIER, Hans: Bund und Gemeinden, Berlin 1972

NIPPERDEY, H.C.: Grundrechte und institutionelle Garantien, in: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte Bd.2 hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner-Niemann, Berlin 1962

OBERMAYER, Klaus: Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt Stuttgart und München 1956

OESTREICHER, Ernst: Bundesleistungsgesetz, München,Berlin 1957

OPPERMANN, Thomas: Kulturverwaltungsrecht, Tübingen 1969

OSSENBÜHL, Fritz: Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, DÖV 1965, S. 649 - 661

- Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Köln 1968

- Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private VVDStRL Heft 29 (1971), S. 137 - 209

PAGENKOPF, Hans: Kommunalrecht, Köln u.a. 1971

PALANDT - THOMAS: Bürgerliches Gesetzbuch, 32.Aufl. München 1973

PAPPERMANN, Ernst: Ansprüche des Staates bei fehlerhafter Erledigung übertragener Aufgaben durch Kommunalkörperschaften? Berlin u.a. 1971

PATZIG, Werner: Soll und Haben der Finanzreform, DVBl 1969, S. 429 - 436

PETER, Christoph: Zur neueren Enteignungsrechtsprechung des BGH, JZ 1969, S. 549 - 557

PETERS, Hans: Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag Bd.2, S. 877 - - 859, 1965

- Lehrbuch der Verwaltung, Berlin u.a. 1949

- und OSSENBÜHL: Die Übertragung von öffentlich - rechtlichen Befugnissen auf die Sozialpartner unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsplatzschutzes, 1967

PFENNIG, Gerhard: Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen Berlin 1960

PIECK, Johannes: Beamtenähnliche öffentlich - rechtliche Dienstverhältnisse I, DÖV 1966, S. 217 - 221

PODLECH, Adalbert: Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971

PÖTTGEN, Albert: Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Wirtschaftsförderung durch Subventionen, Diss.iur. Köln 1965

PÜTTNER, Günter: Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. 1969

QUARITSCH, Helmut: Neues und altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, Der Staat Bd. 5 (1966), S. 451 - 474

RADBRUCH, Gustav: Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948

RASCH, Ernst: die staatliche Verwaltungsorganisation, Köln 1967

REHM, Franz - Karl: Die Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs, 1.Teil: Zur Situation des öffentlichen Personennahverkehrs, Der Landkreis 1973, S. 122 - 125

REINHARDT, Rudolf: Verfassungsschutz des Eigentums, S. 1-62 Tübingen 1954

REUß, Wilhelm: Die Organisation der Wirtschaft, in Die Grundrechte, Bd. 3 Teil 1, S. 91 - 153, hrsg. von Bettermann- - Nipperdey - Scheuner, 1958

RIMSCHA, Wolfgang von: Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, Köln u.a. 1973

RINCK, Gerd: Wirtschaftsrecht, 3.Aufl. Köln u.a. 1972

RITTER, Ernst - Hasso: Mitbestimmung im öffentlichen Dienst oder Privatisierung des Staatswesens? JZ 1972, S. 1o7 - 111

ROCKENFELT, Werner: Die Unternehmensform der DB - Probleme, die der Lösung bedürfen, DÖW 1972, S. 16 - 2o

RÖSNER, Gerhard: Die Besonderheiten der Dienstverhältnisse der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst, Diss.iur. Frankfurt 1955

RÜFNER, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967

- Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Heft 28 (197o), S. 187 - 223

RUPF, Jörg: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.5.72 = DVBl 1972, S. 827, DVBl 1973, S. 145 f.

RUPP, Hans Heinrich: Privateigentum an Staatsfunktionen?, Tübingen 1963

- Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 2.5.1967 - 2 BvR 391/64, 263/66, NJW 1967, S. 1651 - 1654

- Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 92 (1967), S. 212 - 242

RUPP - v.BRÜNNECK, Wiltraut: Die Grundrechte im juristischen Alltag, Frankfurt und Berlin 197o

SALZWEDEL, Jürgen: Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL Heft 22 (1965), S. 2o6 - 263

- Zur verfassungsgerichtlichen Nachprüfung von Willkür und mangelnder Konzeptionsgerechtigkeit der Eingemeindung, DÖV 1969, S. 546 - 548

SAUER, Hubert: Rechtsnatur der Entscheidung des amtlich anerkannten Sachverständigen oder Prüfers beim Technischen Überwachungsverein über Bestehen oder Nichtbestehen der Fahrprüfung, DVBl 197o, S. 486 - 491

SCHACK, Friedrich: "Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht, JZ 1966, S. 64o - 642

SCHÄFER, Hans: Die Bundesauftragsverwaltung, DÖV 196o, S. 64o - - 649

SCHETTING, Gerd: Rechtspraxis der Subventionierung, Berlin 1973

SCHEUNER, Ulrich: Verfassungsschutz des Eigentums, S. 63 - 121, Tübingen 1954

SCHLAICH, Klaus: Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972

SCHLOTKE, Helmut: Die hoheitliche Einflußnahme auf die Empfänger öffentlicher Subventionen und ihre Grenze, Diss.iur. Tübingen 1968

SCHMIDT, Torsten G.: Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 14.5.197o - 1 U 721 / 7o, NJW 197o, S. 2o26 f.

SCHMIDT - BLEINTREU - KLEIN: Die Grundrechte, Neuwied 197o

SCHNEIDER, R.: Rechtsnorm und Individualakt im Bereich des verfassungsrechtlcihen Eigentumsschutzes, VerwArch Bd. 58 (1967), S. 3o1 - 359

SCHOLLER, Heinrich: Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969

SCHOLZ, Rupert: Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Berlin 1967

SCHRAMM, Theodor: Staatsrecht Bd. I, Parlamentarische Demokratie - - Bundesstaat - Sozialer Rechtsstaat, Köln u.a. 1971

SCHRÖER, Hermann: Die Anordnungsbefugnis der Schulaufsichtsbehörde zur Einrichtung eines weiteren Klassenzuges an einer kommunalen höheren Schule, DÖV 1967, S. 2o - 24

SEEGER, Julius: Finanzierung von Länderaufgaben durch den Bund, DÖV 1968, S. 781 - 788

SIEBERT, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermayer zum 7o. Geburtstag, Göttingen 1953, S. 215 - 247

SONTHEIMER, Kurt, und BLECK, Wilhelm: Abschied vom Berufsbeamtentum?, Hamburg 1973

STEINER, Udo: Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 197o, S. 526 - 532

STERN, Klaus: Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, JZ 196o, S. 518 - 525

- und BETHGE, Herbert: Funktionsgerechte Finanzierung durch den Staat, 1968

- - Öffentlich - rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, Frankfurt und Berlin 1971

- und BURMEISTER, Joachim: Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart u.a. 1972

- und PÜTTNER, Günter: Grundfrgaen zur Verwaltungsreform im Stadtumland, Berlin und Frankfurt 1968

STERN - MÜNCH - HANSMEYER: Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 2. Aufl. Berlin u.a. 1972

STÖDTER, Rolf: Öffentlich - rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933

STOLBE, Walter Bruno: Nutzen - Kosten - Analysen in der Staatswirtschaft, Göttingen 1968

STRACK, Hans: Theorie des Rechtsstaats, Hamburg 197o

STURM, Friedrich: Die Haftung der Länder bei der Erledigung von Bauaufgaben des Bundes, DÖV 1966, S. 78 - 86

- Die Finanzverantwortung von Bund, Ländern und Gemeinden bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben, DÖV 1968, S. 466 - 475

TERRAHE, Jürgen: Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss.iur Münster 1961

THIEME, Werner: Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Göttingen 1961

THIEMEYER, Theo: Gemeinwirtschaftlichkeit als Ordnungsprinzip, Berlin 197o

TRIEPEL, Heinrich: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 2 S. 1 ff., Leipzig 1911

- Delegation und Mandat im öffentlichen Recht. Eine kritische Studie, Stuttgart und Berlin 1942

TWIEHAUS, Uwe: Die öffentlich - rechtlichen Kreditinstitute, Göttingen 1965

UBER, Giesbert: Freiheit des Berufs, Hamburg 1952

- Arbeitszwang, Zwangsarbeit , Dienstpflichten, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966

ULE, Carl - Hermann: Zwangseingemeindungen und Verfassungsgerichtsbarkeit, VerwArch Bd. 6o (1969), S. 1o1 - 135

VERBAND ÖFFENTLICHER VERKEHRSBETRIEBE: Mitteilungen, StGB 1973, S. 129 ff.

VOGEL, Klaus: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959

VOGEL, Peter: Finanzielle Beteiligung des Staates an den Kosten freier Schulen, DÖV 1967, S. 17 - 2o

VOGEL / WALTER: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1971

WACKE, Gerhard: Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957

WAGNER: Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, NJW 1967, S. 2333 - 2338

WALPRECHT, Dieter: Konzeption des Landes Nordrhein - Westfalen zur Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs, StGB 1973, S. 6o - 63

WEBER, Hermann: Noch einmal: Grundgesetzlicher Anspruch auf Privatschulsubvention? Bem.zum Urteil des BVerwG vom 22.9.67 - - VII C 71 / 66, JZ 1968, S. 779

WEBER, Werner: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2.Aufl. München und Berlin 1943

- Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht, NJW 195o, S. 4o1 - 4o5

WENGER, Karl: Die öffentliche Unternehmung, Wien und New York 1969

WIESE, Walter: Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin und Neuwied 1972

WILHELM, Bernhard: Beamtenähnliche öffentlich - rechtliche Dienstverhältnisse II, Erwiderung, DÖV 1966, S. 221 - 223

WINCKELVORS, Reiner: Die Rechtsnatur der Dienstverhältnisse der Fleischbeschautierärzte, GewArch 1964, S. 97 - 99

WIPFELDER, Hans - Jürgen: Die grundrechtliche Eigentumsgarantie im sozialen Wandel, in: Recht und Staat Bd. 2, Festschrift für Günther Küchenhoff, Berlin 1972, S. 747 - 762

WITTIG, Peter: Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz, NJW 1967, S. 2185 - 2188

WOLFF, Hans J.: Organschaft und juristische Person, Bd. 2: Theorie der Vertretung, Berlin 1934

- Staatsorganisation, EvStL 1966, Sp. 2198

- Verwaltungsrecht Bd.1, 8.Auflage München und Berlin 1971

- Verwaltungsrecht Bd.2, 3.Auflage München und Berlin 1970

- Verwaltungsrecht Bd.3, 3.Auflage München und Berlin 1973

WUTTKE, Horst: Das Wirtschaftsrecht und der Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Der Betrieb 1971, S. 1701 - 1708

ZACHER, Hans F.: Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25 (1967), S. 308 - 400

ZEIDLER, Karl: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19 (1961), S. 208 - 241

ZEIDLER, Wolfgang: Der Standort der Verwaltung in der Auseinandersetzung um das Demokratieprinzip, DVBl 1973, S. 719 ff.

ZUCK, Rüdiger: Kooperation oder Sozialisierung des Personennahverkehrs, BB 1969, S. 858 - 859

ZULEEG, Manfred: Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965

E i n l e i t u n g

Die mit dem Thema angesprochene Problematik steht vor dem Hintergrund einer zunehmenden Verflechtung von Staat und Gesellschaft. Zum einen erfährt der Staat im fortschreitenden Prozeß der Verstaatlichung ursprünglich gesellschaftlicher Funktionen einen ständigen Bedeutungs- und Machtzuwachs. Zum anderen werden als Staats- oder Verwaltungsaufgaben deklarierte Wahrnehmungspflichten auf private Institutionen übertragen. Die rechtswissenschaftliche Diskussion beschäftigt sich mit dieser Auslagerung von Staatsfunktionen namentlich unter den Begriffen Beleihung [1], Indienstnahme [2] und Indienststellung [3]. In den Darstellungen zur rechtssystematischen Einordnung [4], der Ausgestaltung des Innenverhältnisses Staat - Privater und der Außenwirkungen [5] haben die bei der Wahrnehmung

---

1) Zur Definition: MENGER, AÖR Bd.78 S.148 (160); zum "beliehenen Unternehmer" schon: O. MAYER, VwR Bd.2 S.243 ff, 256 ff; FLEINER, VwR S.341 f; E.R. HUBER, WVwR Bd.1, S.533 ff; vgl. auch kritisch: KÖTTGEN, JöR Bd.11 (1962), S.173 (298 ff); MICHAELIS, Diss. passim

2) siehe dazu etwa: IPSEN, AÖR Bd.90 (1965), S.393 ff; EHLERMANN, aaO S.64

3) ohne Differenzierung zur Indienstnahme GAUSE, Diss. passim

4) vgl. KRAUTZBERGER, aaO S.106 ff; zum staatstheoretischen Einbau etwa: HEYEN, aaO S.30 ff

5) so insbesondere in Hinblick auf Staatshaftungsfragen: v. MUTIUS, VerwArch Bd.64, S.433 ff

von Verwaltungsaufgaben auftretenden Finanzierungsfragen einen nur geringen Raum eingenommen. Seit den Ausführungen von Ipsen [1] hatte inzwischen das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Mineralölbevorratungsgesetz [2] und im Beschluß zur Gutachtertätigkeit gerichtlicher Sachverständiger [3] Gelegenheit, zur Entgeltfrage Stellung zu nehmen. Nicht unproblematisch ist nach wie vor die Zuordnung privater Ersatzschulen zum Institut der Indienstnahme, wenn auch der Streit um die staatliche Finanzierungpflicht durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts befriedet sein dürfte.[4]

Bei den Verkehrsunternehmen hat die prekäre finanzielle Situation auf dem Sektor des öffentlichen Personennahverkehrs [5] zwar zur Forderung geführt, gemeinwirtschaftliche Leistungen prinzipiell abzugelten [6], gleichwohl ist eine dogmatische Absicherung nur vereinzelt in Angriff genommen worden.[7]

Die vorliegende Untersuchung zielt nun darauf ab, die verfassungsrechtlichen Grundlagen für Ent-

---

1) AÖR Bd.90 (1965), S.393 ff

2) BVerfG NJW 1971, S.1255 ff

3) BVerfGE Bd.33, S.240 ff; vgl. dazu: FRIEDERICHS, DRiZ 1973, S.113 f und Jessnitzer JVBl 1972, S.177 (179) zur Indienstnahme gerichtlicher Sachverständiger

4) dazu, inwieweit hier eine Indienstnahme überhaupt in Betracht kommt, vgl. unten III/1

5) vgl. etwa KONOW, DÖW 1972, S.25ff; Deutscher Städte- und Gemeindebund: Leitsätze zur Verbesserung des öffentlichen Personennahverkehrs, DemGem 1973, S.519; daß dies eine Zeiterscheinung ist, verdeutlichen die Verhältnisse in den Niederlanden, vgl. Handelsblatt vom 26./27.1.73, Jhrg.28, Nr.19, S.12

6) WALPRECHT, StGB 1973, S.60 (61); Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe, StGB 1973, S.129

7) so etwa FROMM, DVBl 1971, S.161 ff; LANGE, DVBl 1971, S.775 ff

schädigungs- und Ausgleichsleistungen des Staates an die in Anspruch genommenen Privaten aufzudecken. Sie fragt also nach dem Innenverhältnis zwischen dem Staat und dem mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betrauten Privaten, ob daraus die staatliche Finanzierung abzuleiten ist.

I. Themenabgrenzung und Gang der Untersuchung

Angesichts der mannigfaltigen Ansätze, der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private die strukturell unterschiedlichsten Erscheinungsformen im arbeitsteiligen Staat-Bürger-Verhältnis zuzuordnen, bedarf es einer begrifflichen Präzisierung. Sie wird sich aber auf das Notwendigste beschränken, um der weiteren Ausführung und Verfeinerung nicht vorzugreifen.

1. Privater

Die fehlende Trennschärfe einer Unterscheidung zwischen Privaten und Staatsphäre als Antinomie verbietet nach Häberle [1] die Differenzierung zwischen Privaten und Nichtprivaten [2]. Dagegen weist Bachof [3] auf die Doppelfunktion des Privaten als "Privater" und als Glied des Staatsganzen hin. Jedoch ist einer an der Funktion orientierten Abgrenzung der Erfolg versagt, da der Private mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben gerade die Obliegenheiten des Staates wahrzunehmen verpflichtet wird.[4]

Eine Differenzierung nur nach der dienstrechtlichen Integration in die Staatsorganisation würde die Thematik unzulässig verkürzen, da danach nur natürliche, nicht aber juristische Personen des privaten Rechts in das Institut der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private einbezogen werden

---

1) AÖR Bd.83 (1966), S.181

2) so aber: DAGTOGLOU, DÖV 1970, S.532 (533)

3) AÖR Bd.83 (1958), S.2o8 (229)

4) DAGTOGLOU, DÖV 1970, S.532 (533); LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.161 (192)

könnten. Allerdings erfolgt für die natürliche Person insoweit keine Anbindung an die Staatsorganisation.[1)]

Weiter ist der Private vom Nichtprivaten nach institutionell-organisatorischen Gesichtspunkten zu unterscheiden. Ist Ausgangspunkt dafür das Verständnis des Staates als Institution, der von der Gesellschaft die Globalaufgabe übertragen worden ist, das Zusammenleben in der Gesellschaft zu ordnen [2)], so ist zunächst jeder Staatsbürger Privater. Erst mit dem Eintritt in die Organisation [3)] wird er zum Nichtprivaten. Bei Übertragung von Verwaltungsaufgaben behält der Private im Sinne dieser Untersuchung seine vorherige Rechtssubjektivität [4)], da er als Rechtsperson nicht integrierter Bestandteil der Staatsorganisation, also Organ des Staates, sondern allenfalls Glied der Staatsorganisation wird.[5)] Er kann zwar - wie der Beliehene - Zuordnungssubjekt öffentlich-rechtlicher Rechtssätze werden, gleichwohl wird dadurch auch die juristische Person des privaten Rechts nicht zu einer solchen des öffentlichen Rechts. Maßgebend ist nicht der Charakter der Normen, auf Grund deren sich der Private als Träger öffentlicher Verwaltung gerieren kann. Es kommt vielmehr auf die für die juristische Person konstituierenden Organisationsnormen an, deren Charakter auch durch Übertragung von öffentlich-rechtlichen Handlungsrechten und -pflichten nicht verändert wird.[6)]

---

1) GALLWAS, BayVBl 1971, S.245

2) vgl. MENGER, DVBl 1960, S.297/298

3) Zum Begriff der Staatsorganisation i.w.S. aber: Hans J. WOLFF, EvStL 1966, Sp.2198 als Inbegriff der wechselseitigen sozialen Beziehungen zueinander stehender Menschen; DERS., VwR Bd.2, § 71 I a

4) BACHOF, AÖR Bd.83 (1958), S.208 (229)

5) Hans J. WOLFF, Vertretung, S.252; GAUSE, Diss. S.53; TERRAHE, Diss. S.157; MICHAELIS, Diss. S.157

6) vgl. unter diesem Aspekt aber TERRAHE, Diss. S.6

Der Private wird hier also verstanden als personell und organisatorisch-institutionell nicht in die Staatsorganisation integrierte Person.[1] Damit werden sowohl natürliche als auch juristische Personen des privaten Rechts erfaßt. So rücken zwar auch privat-rechtlich organisierte Leistungs- und Verwaltungseinheiten der öffentlichen Hand in das Blickfeld dieser Untersuchung, das verdeutlicht aber nur einmal mehr die Überlagerung von staatlichem und privatem Handeln.

2. Verwaltungsaufgaben

Mit der thematischen Ausrichtung auf Verwaltungsaufgaben ist eine Einschränkung der unter dem übergeordneten Begriff der öffentlichen Aufgaben und spezieller noch der Staatsaufgaben diskutierten Problematik verbunden. Neuestens hat sich **BULL** [2] mit letzteren auseinandergesetzt. Die Einsicht, daß die Bedeutung von Eingriff und Leistung, von Gefahrenabwehr und Daseinsvorsorge im Gesamtkatalog staatlicher Tätigkeit mit den gesellschaftlichen, sich wandelnden Bedürfnissen einhergeht, kennzeichnet die Schwierigkeiten einer abschließenden Betrachtung. [3]

a) Der Bezug zu öffentlichen Aufgaben

Allgemein formuliert werden Verwaltungsaufgaben hier als solche des Staates verstanden. Wann aber diese vorliegen, ist bislang noch recht ungeklärt. [4] Die Diskussion leidet vor allem unter dem begrifflich uneinheitlichen Wortgebrauch, soweit nicht zwischen

---

1) vgl. ferner OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.137 (144); MARTENS, Öffentlich , S.132; siehe dazu auch BGHZ Bd.3, S.110 (119)

2) Staatsaufgaben, S.374 ff insbesondere zur Differenzierung der Ausführungsarten

3) vgl. auch BVerfGE Bd.7, S.377 (397)

4) Zum Streitstand zum folgenden vgl. BULL, Staatsaufgaben S.47 ff

öffentlichen und staatlichen Aufgaben differenziert wird. Literatur und Rechtsprechung meinen damit die unterschiedlichsten Erscheinungsformen staatlicher und privater Tätigkeit.[1] So wird im soziologischen Sinne eine Aufgabe deshalb als öffentliche angesehen, weil ihre Erfüllung allgemeinem öffentlichen Interesse entspricht, alle maßgeblich interessiert.[2] Die Gesellschaft erfüllt diese Aufgabe selbst, ohne sich der Staatsorganisation zu bedienen. In dieser Kategorie ist aber das Prädikat "öffentlich" auch dann ohne rechtliche Relevanz [3], wenn der Staat in Form von Lenkungs- und Aufsichtsmaßnahmen mit ihr befaßt wird. Wenn die Daseinsvorsorge mit Lebensmitteln als Gemeinschaftsaufgabe von Handel und Staat apostrophiert wird [4], so ist mit dieser Kooperationsform nicht im Sinne von FORSTHOFF [5] Übernahme und Erfüllung durch den Staat bedingt.
Die öffentliche Aufgabe soll Grundlage für das sein, was als Staatsaufgabe anzusehen ist. [6] Diese

---

1) Einen Überblick verschaffen die Urteile zu den staatlich gebundenen Berufen: BVerfGE Bd.7, S.377 (397) Apothekenurteil; Bd.11, S.31 (40); Bd.16, S.6 (22); Bd.17, S.371 (376 f und 387); BVerwGE Bd.2, S.85 (86); Bd.3, S.21 (23); Bd.4, S.250 (254); Bd.6, S.13 (14) und S.72 (74); insbes.: BVerfGE Bd.12, S.205 zu Rundfunk und Fernsehen als öffentlich-rechtliche Aufgabe, vgl. aber auch unten sub III,1; JZ 1966, S.61 zur Filmbewertung; BVerwGE Bd.7, S.82 zum Tarifvertragsrecht; BGH NJW 1962, S.631; zu den einzelnen Differenzierungen vgl. nachfolgenden Text und Fußnoten;vgl.MRONZ, Körperschaften, S.123

2) siehe dazu: PETERS, Festschrift für Nipperdey, S.878; BÖRNER, BayVBl 1971, S.406 (408); EMMERICH, Wirtschaftsrecht S.160; LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.185; H. KLEIN, DÖV 1965, S.755 (759); STEINER, DÖV 1970, S.526(529)

3) EMMERICH aaO S.160: Die Wahrnehmung öffentl. Aufg. vermag wegen begrifflicher Fragwürdigkeit keine Rechtsfolgen zu haben.

4) so aber: G. MEIER, BB 1972, S.901 f

5) Industriegesellschaft S.75 ff

6) IPSEN, AÖR Bd.90, S.393 (417); H. PETERS, Festschrift für Nipperdey S.879

soll sich von jenem soziologisch intendierten Begriff dadurch abheben, daß sie vom Staat unter freier Wahl von Form und Mitteln zur Richtlinienbefolgung wahrgenommen wird [1], dem Staat von Hause aus zusteht [2], von diesem erkennbar an sich gezogen worden ist [3]. Zum Teil werden öffentliche und staatliche Aufgaben voneinander getrennt [4], unterschieden nach ihrer Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsträger [5]. Öffentliche Aufgaben könnten auch, ohne staatliche Aufgaben zu sein, als Gemeinschaftsaufgaben in der öffentlichen Verwaltung geführt werden.[6] Wieder andere versuchen eine deskriptive Einteilung. Danach liegt eine Staatsaufgabe vor, wenn Bedürfnisse der Gesellschaft erfüllt und Konfliktfälle gelöst werden müssen.[7] Getrennt wird nach der jeweiligen zur Verfügung stehenden Rechtsmacht [8], kritisiert, daß Aufgaben nicht nach den Mitteln zu ihrer Durchführung eingeordnet werden können.[9] Originäre Staatsaufgaben [10] sollen dagegen wiederum jedenfalls dann vorliegen, wenn und soweit ein Gewaltenmonopol vorliegt.[11]

---

1) IPSEN, AÖR Bd.90, S.393 (417)

2) PETERS-OSSENBÜHL, aaO S.39

3) SAUER, DVBl 1970, S.487; H. KLEIN, DÖV 1965, S.755 (758); vgl. dagegen LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.161 (186)

4) OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.137(144)

5) GAUSE, Diss. S.24; HÄBERLE,JuS 1967, S.73

6) MAUNZ, VVDStRL Bd.30 (1972), S.43 (58) zu den Kooperationsformen von Staat und Gesellschaft als Gemeinschaftsaufgaben

7) GIEHL, BayVBl 1972, S.57

8) MICHAELIS, Diss. S.26

9) SAUER, DVBl 1970, S.487; MARTENS, NJW 1970, S.1030

10) BVerfGE Bd.17, S.371 (377); vgl. aber auch: BULL, Staatsaufgaben, S.99 ff

11) VOGEL, Wirtschaftseinheiten, S.77; H. KLEIN, DÖV 1965, S.755 (758); vgl. ferner BETHGE, Diss. S.157; LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.161 (184)

b) Staatszwecke und -aufgaben

Zur Lösung der Frage, was Staatsaufgabe, unter Umständen Vorbehaltsaufgabe des Staats ist, bietet sich zunächst ein Rekurs darauf an, daß der Staat bestimmte Zwecke zu erfüllen hat. [1] Über einzelne Zwecke hinausgehendes Ziel des Staates als Zweckschöpfung ist zunächst die Gewährleistung eines i.w.S. reibungsarmen Zusammenlebens in der Gemeinschaft und eine entsprechende Regelung ihrer Außenbeziehungen. Diese Bestimmung weist dem Staat die Funktion zu, in das gesellschaftliche Miteinander als Ordnungsfaktor hineinzuwirken. Ordnung ist hier aber nicht mittel- sondern funktionsorientierter Begriff, umfaßt also sowohl Eingriffe als auch Leistung. Wenn in diesem Zusammenhang regelmäßig das Gemeinwohl als Leitsatz genannt wird [2], so entspricht das der Erkenntnis, daß gesellschaftliche Spannungen und Entwicklungen nicht allein durch repressive sondern vielmehr durch unmittelbar oder mittelbar wirkende, fördernde Maßnahmen abgebaut bzw. unterstützt werden müssen. Erst aus der Formulierung dieser Zwecke zielbezogenen staatlichen Handelns ergeben sich die jeweiligen Aufgaben des Staates bzw. der ihn repräsentierenden Gewalten.[3] Die rational [4] oder ethisch [5] bedingten Konkretisierungen sind wiederum abhängig vom jeweiligen Erkenntnisstand [6], von den Möglichkeiten, die zur

---

1) vgl. hierzu und zum folgenden: MARTENS, Öffentlich, S.182 m.w.N.

2) siehe vorstehende Nachweise

3) dazu MENGER, DVBl 1960, S.297 (298)

4) vgl. dazu, daß der Staat überhaupt nur aus der Existenz irgendwelcher sozialer Zwecke zu rechtfertigen ist, ohne daß diese in spezifischer Weise bestimmbar wären: KELSEN, Staatslehre S.40

5) vgl. hierzu und im Gegensatz zu Kelsen: JELLINEK, Staatslehre, S.184, 263

6) ELLWEIN, DÖV 1972, S.13 (14)

Verwirklichung der Staatszwecke zur Verfügung stehen. Haben Staatsaufgaben darum nicht für alle Zeiten fixierbare Inhalte [1], so entspricht dem, daß dem Staat zwar bestimmte Zwecke nicht aber prinzipielle Vorbehaltsaufgaben im Sinne einer Erfüllung derselben in alleiniger Verantwortlichkeit und nur durch den Staat selbst zuzuordnen sind. Geht der liberale Staat vielmehr von der prinzipiellen Eigenverantwortlichkeit des Bürgers aus [2], so ist er zunächst lediglich Garant dafür, daß eine zur Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Miteinanders notwendig zu erfüllende Aufgabe auch tatsächlich wahrgenommen wird. Daraus folgt, daß es keine materiell originären Staatsaufgaben aus der Natur der Sache heraus gibt.[3] Erst durch die Entscheidung des Volkes, sei es nun über die Verfassungsgestaltung oder einfache Gesetze, wird ein Monopol des Staates begründet. Insoweit können auch aus privaten übertragenen Monopolrechten Rückschlüsse auf den Aufgabencharakter gezogen werden [4], da dadurch die jeweilige Tätigkeit freier privater Disposition entzogen wird. Ebenso wie in der Verleihung besonderer, staatlicher Rechtsmacht, in der Ausstattung mit Sonderrechten wird darin ein typisch staatliches Moment sichtbar.[5]

Da der Staat selbst eine Zweckschöpfung ist, müssen auch die ihm im einzelnen zugewiesenen Aufgaben unter dem Aspekt des Konkretisierungsaktes

---

1) MENGER, VerwArch Bd. 53 (1962), S.82; im Ergebnis ebenso: BURMEISTER, aaO S.1o1; BADURA, Verwaltungsmomopol S.333; DERS., DÖV 1968, S.446 (453); BULL, JZ 1967, S.564 (565)

2) vgl. MENGER, DVBl 196o, S.297 (298) und zum folgenden

3) bedeutet also nicht alleinige Erledigung durch den Staat; vgl. STEINER, DÖV 197o, S.526 (528); MARTENS, Öffentlich, S.124; VOGEL, Wirtschaftseinheiten S.62: in diesem Zusammenhang zum Subsidiaritätsprinzip: MICHAELIS, Diss. S.32

4) siehe dazu MENGER, VerwArch Bd.57 (1966), S.378

5) und damit gleichzeitig ein Problem der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht; dazu neuestens MENGER, Festschrift für Hans J. Wolff, S. 149 ff.

gesehen werden. Die Frage nach der Erkennbarkeit staatlicher Aufgaben führt neben den diesen typischerweise immanenten öffentlichen, gemeinwohlorientierten Zwecken zum Erfordernis ihrer Formalisierung. Im Einzelfall ist also zu untersuchen, ob der Staat tatsächlich zum verantwortlichen Aufgabenträger bestimmt worden ist.[1] In einem System demokratischer Prägung ist hierfür aber das Volk in seiner Gesamtheit oder zumindest in seiner Repräsentanz berufen. Insoweit handelt es sich bei der Frage nach dem Vorliegen von staatlichen Aufgaben also regelmäßig um die Interpretation eines Formalaktes unter dem Aspekt der Begründung staatlicher Zuständigkeiten für die konkrete Aufgabe.[2] Hierfür ist das öffentliche Interesse an der Erfüllung nicht konstituierendes, sondern nur Begleitmerkmal, da private oder gruppenspezifische und öffentliche Interessen sich nicht auszuschließen brauchen. Negativ abgrenzend darf die Staatsaufgabe also nicht nur auf private Interessen ausgerichtet sein.

Wie offen, aber auch wie notwendig der Formalisierungsprozeß ist, zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht, wenn etwa die Verkehrssicherungspflicht danach qualifiziert wird, ob sie vom Gesetzgeber als "öffentlich-rechtliche" Aufgabe ausgestaltet worden ist.[3]

Die staatliche Aufgabe wird hier also als sowohl nach materiellen als auch formellen Gesichtspunkten staatliche Angelegenheit verstanden.

---

1) davon unabhängig ist die Frage nach der Entscheidungsfreiheit des Staates, eine Aufgabe als die seinige zu charakterisieren: vgl. FORSTHOFF, Körperschaften, S.17 und Nachweise bei LANGE, DVBl 1971, S.775 (779)

2) zum Formalisierungsaspekt ähnlich BULL, Staatsaufgaben S.5o; vgl. ferner: MARTENS, Öffentlich, S.131; H. KLEIN, DÖV 1965, S.755 (759); GALLWAS, BayVBl 1971, S.245

3) so BayObLG MDR 1972, S.6o7 = NJW 1972, S.1325 zu Art. 72 BayStrWG m.w.N. aus der Rechtsprechung des BGH

c) Verwaltungsaufgaben und Funktionenteilung

Die nähere Präzisierung der Staatsaufgaben als Verwaltungsaufgaben geht über die Zuweisungen und Abgrenzungen im Sinne des Funktionenverteilungsprinzips hinaus bzw. schränkt diese insofern ein, als sie im Funktionszusammenhang mit der Exekutive gesehen wird. Insbesondere läßt die unmittelbar auf Gesetz beruhende Übertragung von staatlichen Aufgaben kaum eine präzise Abgrenzung zu, da sie in der Regel keine ausdrückliche diesbezügliche Zuweisung zu einer der Funktionen enthält. Angesichts der negativen Abgrenzungsversuche [1] ist die Verwirklichung staatlicher Zwecke aber dann öffentliche Verwaltung [2], wenn sie funktional nicht der Rechtssetzung oder Rechtsprechung zugeordnet werden kann. In dieser Untersuchung nicht erfaßt wird die Verwaltung hinsichtlich der Außenvertretung im Verhältnis zu anderen Staaten und die Regierungstätigkeit als solche.

3. Übertragungsakte

Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen Verwaltungsaufgaben und privaten Angelegenheiten setzen sich bei Betrachtung des Übertragungsaktes fort. Die Begründung der sachlichen Zuständigkeit durch oder auf Grund Gesetzes durch Verwaltungsakt oder Vertrag kann unterschiedlich motiviert sein. Wird mit der Verpflichtung Privater zur Aufgabenwahrnehmung jene als staatliche erkannt, so bleibt sie auch in

---

1) vgl. hierzu näher O. MAYER, VerwR Bd.2, S.7 ff; W. JELLINEK, VerwR S.5; FLEINER, VerwR S.7 f; andererseits aber auch: Hans J. WOLFF, VerwR Bd.1, § 2 I b: zur Kritik an zahlreichen positiven Definitionsversuchen, m.w.N.

2) Eine positiv deskriptive Erfassung materieller Verwaltungstätigkeit steht vor ähnlichen Schwierigkeiten wie die Staatsaufgabenlehre

der Hand des Bürgers Verwaltungsangelegenheit. Andererseits kann potentiell oder konkret sozial inadäquates oder schädliches Verhalten durch staatliche Aufsichts- und Korrekturmaßnahmen entschärft werden. Damit verwoben ist die Auferlegung einer öffentlichen Last [1], die dem Aufgabencharakter seine private Natur nicht nimmt, die er unter der Voraussetzung etwa des Art.12 Abs.2 GG zu dulden hätte. Eine Reprivatisierung staatlicher Aufgaben kommt schon dann nicht in Betracht, wenn die Übertragung regelmäßig eine Pflichtenstellung begründet.

a) Vermittlung von Eingriffs- und Entscheidungsbefugnissen

Die Frage ist noch relativ unproblematisch, wenn mit der Aufgabenübertragung auch Entscheidungs- und Eingriffsbefugnisse auf den Privaten übergehen.[2] Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, daß gerade dies die Rechtsstellung des Beliehenen ausmacht. Das ist für die Problemlage hier insofern von Bedeutung, als dem Privaten aus der staatlichen Gewalt abgeleitete Zwangsmittel zur Verfügung gestellt werden. Die Fähigkeit, Verwaltungsakte zu setzen, zu Gunsten eines übergeordneten Wohls in die Rechte Dritter eingreifen zu können, ist aber eine typischerweise an die Erfüllung staatlicher Aufgaben gebundene Rechtsmacht. Sie wird dem Staat rechtmäßig nur zur Verwirklichung staatlicher Zwecke zugeordnet, ist aber selbst nur Mittel, also in Bezug auf die wahrzunehmende Angelegenheit unselbständig.[3]

Im einzelnen ist streng danach zu differenzieren, ob der Staat selbst Enteignungen durchführt, um

---

1) so: EHLERMANN, Wirtschaftslenkung S.66 zur Vorratshaltung als allgemeiner Pflicht

2) vgl. LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.161 (184)

3) vgl. aber ZEIDLER, VVDStRL Bd.19, S.208 (211 FN.15) vgl. wie hier MRONZ, Körperschaften, S.131

Dritte zu begünstigen, oder der Private (Flugzeug-, Schiffskapitän) selbst mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet wird, ihm Entscheidungsbefugnisse (Bezirksschornsteinfeger) zugebilligt werden. Ferner davon zu trennen ist, daß sich der Private etwa auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung staatlicher Hilfe zur Durchsetzung eigener Ansprüche bedienen kann. Wesentlich ist, daß der Private selbst mit staatlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattet in der Funktion als Träger öffentlicher Verwaltung tätig wird.

b) Konkretisierung einer Pflichtenstellung

Die induktive Methode vermag nur einen geringen Teil der mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betrauten Privaten zu erfassen. Dieser Rückschluß wird im gesamten Bereich der leistenden oder vorsorgenden Verwaltung fragwürdig, wenn der Private nicht offensichtlich in den Gesetzesvollzug eingeschaltet ist. [1] Er wird unmöglich, wenn die private Leistung nicht unmittelbare Auswirkungen gegenüber dem Bürger hat, sondern zunächst wie die Bevorratung von Mineralöl im staatsinternen Bereich verbleibt. Die Tragweite dieser Fragen hat sich insbesondere im Staatshaftungsrecht herauskristallisiert[2], wird dort zunehmend unter dem Aspekt des Funktionszusammenhangs mit außenwirksam betätigter öffentlicher Gewalt gesehen.[3] Das bedeutet Rückkoppelung privaten

---

1) Die Kritik von: KÖTTGEN, JÖR Bd. 11 (1962), S.299 entzündet sich an der Einordnung beliehener Unternehmer in den nicht gesetzesvollziehenden Bereich; anzumerken ist, daß Aufstellen des Aufgabenkatalogs, Begründung der Kompetenz Privater, Übertragung der Wahrnehmungspflicht, Herstellen der Außenwirksamkeit, Einräumung eines Rechtes Dritter auf Tätigwerden Privater logisch ohne weiteres trennbare Vorgänge sind.

2) siehe den umfassenden Bericht und Würdigung bei: v. MUTIUS, VerwArch Bd. 64 (1973), S. 433 ff.

3) vgl. unter diesem Aspekt: BGH NJW 1971, S. 2220 (2221); MDR 1972, S. 32; MDR 1971, S. 994; VerwRspr. Bd. 20, S. 304 (305)

Handelns an staatliche Tätigkeit und somit Herstellung der Drittbezogenheit auch privater Erledigung staatlicher Angelegenheiten. Allerdings sind auch dort Kollisionen in der Abgrenzung fiskalischen und hoheitlichen Handelns unvermeidlich, die sich auf dem Sektor des faktischen Verwaltungshandelns nur unbefriedigend durch den Rückgriff auf die Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht lösen lassen.[1)]

Die Problematik liegt hier wie dort insoweit ähnlich, als mit der Übertragung von etwa Bevorratungspflichten öffentlich-rechtlich zu beurteilende Wahrnehmungspflichten begründet werden, der Private damit aber nicht notwendig selbst Zuordnungssubjekt öffentlich-rechtlicher Rechtssätze wird. Die Entscheidung, ob er Träger öffentlicher Verwaltung geworden ist, geht dem notwendig voraus, da er nur dann Zuordnungssubjekt sein kann.

Soweit eindeutige gesetzliche Anhaltspunkte dazu fehlen, daß Verwaltungsaufgaben übertragen werden, muß nach den üblichen Auslegungskriterien verfahren werden. Dabei wird die Eigenpflicht des Privaten dadurch indiziert, daß es sich um eine herkömmliche und allgemeine Pflicht im Sinne des Art. 12 Abs.2 GG handelt. Eine Reprivatisierung kommt nur dann in Betracht, wenn die Betätigung (auch unter ordnungsrechtlichen Einschränkungen) prinzipiell freigegeben wird. Dem Funktionszusammenhang mit sonstiger staatlicher Betätigung kommt sowohl in systematischer als auch teleologischer Hinsicht besondere Bedeutung zu. Nur daraus kann die Frage beantwortet werden, ob die Übertragung den Privaten hinsichtlich der Funktion in den staatlichen Bereich integriert oder ob

---

1) vgl. dazu näher: MARTENS, Öffentlich S.83; ferner ERICHSEN, HRR VwR 1971, G 9 (5), S. 1; dagegen CANTNER, Diss. S.23

er lediglich private Zuarbeit leistet. Anders als im Staatshaftungsrecht kommt es allerdings nicht auf die letztendliche Außenwirksamkeit an. Zum einen kann der Private im Innenverhältnis Adressat einer Pflicht zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben sein, während das Drittverhältnis wie bei zahlreichen gemeindlichen Versorgungseinrichtung privatrechtlich geregelt ist.[1] Zum anderen kann eine staatliche Aufgabe und ihre Erfüllung wie bei Bevorratungen im Innenverhältnis verbleiben, ohne jemals unmittelbar Außenwirkung zu entfalten.[2]

Im einzelnen wird also der Tatsache Rechnung zu tragen sein, inwieweit vorhandene Verwaltungsaufgaben ausgelagert, etwa per Konzession Privaten übertragen, staatliche Befugnisse delegiert oder mit der Begründung von Wahrnehmungspflichten neue Verwaltungsaufgaben geschaffen werden.

4. Finanzierung übertragener Verwaltungsaufgaben

Die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben ist also nicht notwendig abhängig vom Einsatz spezifisch hoheitlicher Mittel im Sinne von Befugnissen gegenüber Dritten, z. B. in Form obrigkeitlicher Eingriffs- oder Entscheidungsbefugnisse, wie sie Verwaltungsakten zu Grunde liegen. Das in der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben enthaltene Element staatlicher Funktionserfüllung weist die Richtung auf, an der sich die nachfolgende Untersuchung orientieren wird. Zum einen wird an Hand des herkömmlichen Entschädigungssystems aufzuweisen sein,

---

1) vgl. etwa HURST, Gemeindeeinrichtungen S.838; insoweit ist Privatrecht Mittel öffentlicher Verwaltung: MARTENS, Öffentlich S. 98

2) eben das kennzeichnet die Indienstnahme als Auferlegung öffentlich-rechtlicher Pflicht, so GAUSE, Diss. S. 61; TERRAHE, Diss. S. 34

ob und wenn ja inwieweit dieses der Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private gerecht zu werden vermag. Zum anderen wird ein Vergleich mit der Finanzierung staatsorganisatorisch integrierter Funktionserfüllung durchzuführen und auf seine Anwendbarkeit im Verhältnis des Staates zum Privaten zu überprüfen sein. Die Finanzierung wird unter mehreren Aspekten zu behandeln sein. Den bereits bestehenden unmittelbaren oder mittelbaren Leistungen im Rahmen direkter Zahlungen wie Entschädigungen, Subventionen etc. und verdeckter Finanzierung durch Steuererleichterungen, Vorteilsausgleich und dergleichen wird die Grundlage staatlicher Finanzierungspflicht gegenübergestellt. Insbesondere interessiert die Frage, ob der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private eine prinzipielle Finanzierungspflicht des Staates entspricht.
Davon zu trennen ist die hier nicht oder im einzelnen nur am Rande zu behandelnde Frage, ob und inwieweit die Übertragung von Wahrnehmungspflichten Rechte des Privaten beeinträchtigt. Unberücksichtigt bleibt ferner der Entzug von Staatsfunktionen.

II. Darstellung und Kritik der aus dem Entschädigungsrecht entwickelten Lösungsansätze

Der nachfolgende Komplex befaßt sich zunächst mit den Ansichten, die in Literatur und Rechtsprechung zur Finanzierungspflicht des Staates aus der Sicht der Grundrechte als Abwehrrechte entwickelt worden sind. Der zusammengefaßten Darstellung der verschiedenen Lösungsansätze wird die methodisch aufgeschlüsselte Stellungnahme zu den Einzelproblemen folgen. Besonderes Anliegen ist in diesem Zusammenhang die Differenzierung zwischen den potentiellen Entschädigungsfolgen der Übertragung selbst und den die Wahrnehmung begleitenden Ausgleichspflichten des Staates.

1. Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen

Zentrales Problem ist zunächst die Frage, ob und inwieweit der Eigentumsschutz im Sinne des Art. 14 GG thematisch bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private irrelevant ist bzw. dem Privaten einen generellen Anspruch auf staatliche Finanzierung verschafft.

a) Die thematische Betroffenheit des Eigentumsgrundrechts

Literatur und Rechtsprechung sind nur vereinzelt Ausführungen dazu zu entnehmen, ob Art. 14 GG von seinen Voraussetzungen her überhaupt in Betracht kommt. Die thematische Betroffenheit wird in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt[1] oder

---

1) so etwa MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.14 Rdnr. 54 aber auch Rdnr. 67; vgl. ferner: RINCK, Wirtschaftsrecht Rdnr. 129

im Annex zur Überprüfung des Art. 12 GG pauschal abgehandelt.[1)]

aa) Eigentumsschutz als Bestandsschutz

Das Bundesverfassungsgericht [2)] hat sich in seinem Urteil zum Mineralölbevorratungsgesetz mit der Reichweite des Eigentumsgrundrechtes nur am Rande befaßt. Es bejaht zwar das Vorliegen einer Indienstnahme für öffentliche Aufgaben, knüpft daran aber hinsichtlich staatlicher Finanzierungspflichten keine speziellen Erfordernisse an, sondern fragt danach, ob im wirtschaftlichen Ergebnis ein Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebs vorliegt. Da die in der Hauptsache tangierte Berufsfreiheit nicht verletzt ist, soll auch aus den gleichen Gründen die Pflichtübertragung nicht mit dem Eigentumsgrundrecht in Kollision geraten.[3)] Das Gericht läßt offen, ob eine eventuelle Pflichtenintensivierung [4)] oder eine Veränderung der wirtschaftlichen Lage auf dem Markt des Mineralölimports ein anderes Ergebnis zu zeitigen vermag. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb [5)] ist von besonderem Interesse, daß das Gericht in der Entscheidung zur Indienstnahme

---

1) siehe Begründung des BVerfG NJW 1971, S. 1255 (126o) zum Mineralölbevorratungsgesetz

2) NJW 1971, S. 1255 (126o)

3) ähnlich schon BVerfGE Bd.17, S.232 ff; Bd.21, S.15o

4) so der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen: BR-Drucks. 333/73 vom 4.5.73; zur Zielsetzung vgl. Nachrichtendienst des Verbandes Kommunaler Unternehmen e.V. vom 7.6.1973, S. 3

5) vgl. BVerfGE Bd. 13, S.225 (229); BGHZ Bd.25, S. 157; Bd. 3o, S.241; Bd.45, S.83; ferner Nachweise bei BENDER, Staatshaftung S.26 Rdnr.95; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art. 14 Rdnr.32; zur Entwicklung vgl. FRÖHLER, GewArch 1972, S.113 (116 ff)

gerichtlicher Sachverständiger [1] die Indienstnahme Privater dem Berufungsgrundrecht zuordnet, Art.14 GG überhaupt nicht mehr erwähnt.

Nach der Rechtsprechungspraxis erfaßt Art. 14 GG den eigentlichen Bestand des Gewerbebetriebs [2] und seine Ausstrahlungen wie Kundenstamm, Beziehungen etc. [3], also den Gewerbebetrieb in der Gesamtheit seines wirtschaftlichen Wertes [4], nicht aber bloße Chancen, Erwartungen und Erwerbsmöglichkeiten [5]. Mithin werden nur bestehende vermögenswerte Positionen als Eigentum begriffen.

bb) Rentabilität als Schutzobjekt

KONOW [6] und LANGE [7] stehen prinzipiell auf dem Boden dieser Rechtsprechung, wenn sie nur bei Rentabilitätsverlust den Schutz des Art.14 GG beansprucht wissen wollen [8]. Gerade im Untersuchungsergebnis schlägt sich der Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb nieder. Aber nach der Rechtsprechung wird

---

1) BVerfG NJW 1972, S. 1891 f

2) BGHZ Bd. 23, S. 157, 162

3) BGHZ Bd.45, S.83 (88); RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 128; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art.14 Rdnr.32

4) BGHZ Bd.25, S.157; Bd.3o, S.241 (245); MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.14 Rdnr.32; vgl. aber auch BGHZ Bd.45, S.38o

5) BVerfGE Bd.28, S.119/142; BGHZ Bd.45, S.83 (88) und S.15o; Bd.48, S.58 (61) m.w.N.; BGH DVBl 1972, S.827; vgl. ferner insgesamt: RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr.128; BENDER, Staatshaftung, S.25 FN 95; HAAS, System, S.33

6) DÖW 1972, S.25 (26)

7) DVBl 1971, S.775 ff, 777

8) kritisch: FROMM DVBl 1971, S.161 (162), auf Rentabilität des Gesamtunternehmens könne nur abgestellt werden, wenn jenes ein Monopol im Anbieten seiner Leistungen habe; vgl. aber auch EHLERMANN, Wirtschaftslenkung S. 115

nicht der Verlust sondern die Wertminderung im Zeitpunkt des Eingriffs ersetzt, soweit diese sich als unzulässige Beeinträchtigung des Eigentums erweist. [1] Ebenso wie das Bundesverfassungsgericht ist Lange der Ansicht, daß der thematisch einschlägige Art.14 GG nicht die prinzipielle und generelle Abgeltung der durch die Übertragung entstehenden Schäden erfordert, da er die Unternehmen auf dem Sektor des öffentlichen Personennahverkehrs nur vor dem Abdrängen in die Verlustzone schützt. [2] Damit stellt er gleichzeitig auf die Gesamtertragslage ab [3], ohne insoweit zwischen den verschiedenen Tätigkeitssektoren etwa des Personen- und Güterverkehrs zu differenzieren. Nach KONOW [4] hat nur der Entzug, nicht aber die Beschränkung von Rechten enteignende Wirkung, so daß die Pflicht zur unentgeltlichen Beförderung eines bestimmten Personenkreises sich als Bindung im Sinne des Art.14 Abs.2 GG darstellt. Erst die Unrentabilität wäre wegen des Übermaßverbotes als Enteignung anzusehen. [5] Diese soll dann erreicht sein, wenn im Durchschnitt nicht die Kosten einschließlich angemessener Kapitalverzinsung und -tilgung erwirtschaftet werden können. [6]

Offen bleibt, ob Art.14 GG im kritischen, für die Situation im öffentlichen Personennahverkehr fast typischen Fall [7] den Verlustausgleich unter Beibehaltung der Wahrnehmungspflicht gebietet.

---

1) vgl. dazu: BGH DVBl 1973, S.147 (148)

2) LANGE, DVBl 1971, S.775 (777)

3) LANGE, DVBl 1971, S.775 (778)

4) KONOW, DÖV 1972, S.25 (26)

5) dazu BGH NJW 1968, S.294 (296); RINCK, Wirtschaftsrecht Rdnr.259

6) so LANGE, DVBl 1971, S.775 (778) im Anschluß an die einschlägigen Formulierungen der Landeseisenbahngesetze

7) vgl. REHM, Landkreis 1973, S.122ff zur Situation des öffentlichen Personennahverkehrs

cc) Einbeziehung vermögenswerter Leistungen

Insbesondere IPSEN [1] hat den durch Art. 14 GG erfaßten Schutzbereich im Hinblick auf das Institut der gesetzlichen Indienstnahme Privater näher untersucht, um Art.14 GG als entschädigungsrelevante Norm für die Wahrnehmungspflicht selbst herauszuarbeiten. Er setzt mit seinen Überlegungen bei der Tatsache an, daß der Eigentumsbegriff im Zuge der Umstrukturierung wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse im Industriezeitalter ständigem Wandel unterworfen ist.[2] So hat der klassische Eigentumsbegriff im Sinne von Sacheigentum [3] an z.B. Grund und Boden zu Gunsten sämtlicher vermögenswerter Rechte [4] erheblich an Bedeutung verloren [5]. Diese Entwicklung wird durch die Einbeziehung dinglicher, vertraglicher [6] und auch subjektiv öffentlicher Rechte [7] in den Schutzbereich des Art.14 GG markiert. Insgesamt ist die Eigentumsgarantie unter dem Aspekt freier und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung zu sehen.[8] Da Art.14 GG die vermögenswertig objektivierte Freiheit überhaupt schützt, meint IPSEN [9], dieses Grundrecht

---

1) AÖR Bd.90 (1965), S.393 (426 f)

2) IPSEN, AÖR Bd.90 (1965), S.393 (429)

3) dazu: WIPFELDER, Recht und Staat, S.747 (750f)

4) im einzelnen vgl. KIMMINICH, JuS 1969, S.349 (351); MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG,Art.14 Rndr.32; ferner Übersicht und Nachweise bei HEUSER, Diss. S.98; zu weitgehend JANSSEN, Entschädigung S.52, 146 ff, der das Vermögen als solches geschützt sieht; dagegen aber BVerfGE Bd.4, S.7 (LS 4); ferner: Bd. 19, S.119 (128 f); Bd.23, S.288 (314); Bd.28, S.119 (142)

5) zu Entwicklung und Wandel: WIPFELDER, Recht und Staat, S.747 (756 ff); KIMMINICH, JuS 1969, S.349 (355)

6) WIPFELDER, wie vor, S.747 (759)

7) vgl. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung: BVerfGE Bd.1, S.264 (278 f); Bd.2, S.380 (399 ff); Bd.4, S.219 (LS 3 und S.240 ff); ferner: Bd.16, S.112; Bd.18, S.392 (397)

8) vgl. unter diesem Aspekt BVerfGE Bd.24, S.367 (389) zur Institutsgarantie

9) AÖR Bd.90 (1965), S.393 (429)

müsse in seiner Schutzwirkung auf veränderte Erscheinungsformen hoheitlicher Inanspruchnahme ebenso reagieren wie auf historisch bekannte Gefährdungen. Es werde also nicht nur jede Sachleistung sondern auch jegliche vermögenswerte Handlung, die der Private auf Grund hoheitlicher Inanspruchnahme erbringt und vollzieht, von Art. 14 GG erfaßt. Im Anschluß an NIPPERDEY [1] führt er aus, daß also die durch die Mineralölbevorratungspflicht angesprochene Dispositionsfreiheit über Betriebsmittel dem Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts unterfalle . Darunter werden die finanziellen, sachlichen und persönlichen Mittel [2] in ihrer Konnexität zu unternehmerischer Leitung und Leistung verstanden [3]. Gleichwohl werde angesichts der vielfältigen Pflichten der Indienstgenommenen nicht die gesamte Betroffenheit des Privaten erfaßt; das gebiete den Rekurs auf den Auffangtatbestand des Art. 2 I GG.
KROHN [4] nimmt die These von Ipsen auf und will sie im Bereich der den Arbeitgebern obliegenden Lohnsteuerabzugspflichten angewandt wissen. Unter Hinweis auf die Rechtsprechungspraxis zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb glaubt er derzeit schon positive Handlungspflicht thematisch durch Art. 14 GG geschützt. Dann bestimme sich die Grenze zwischen Enteignung und Eigentumsbindung danach, ob die Inanspruchnahme noch einer im Eigentumsinteresse liegenden funktionsgerechten Verwendung entspricht.

---

1) Grundrechte, IV/2 (1962), S. 897

2) vgl. zu dieser komplexen Betroffenheit auch: BVerfGE Bd. 22, S. 380 ff

3) so IPSEN AÖR Bd. 90 (1965), S. 393 (429 f); IPSEN bricht dann seine an Art. 14 GG orientierte Untersuchung ab, da er angesichts der h.M. an der Durchsetzbarkeit zweifel.

4) BB 1969, S. 1233 ff

Die Ansicht von Krohn dürfte über das hinausgehen, was Ipsen mit vermögenswerten Leistungen Privater angesprochen hat. Darin liegt die Annahme, daß nicht die Tätigkeit bzw. Handlung selbst sondern der daraus resultierende Leistungserfolg in den Schutz des Art.14 GG aufzunehmen sei. Letztlich geht Ipsen davon aus, daß jede Leistung ihr Geld wert, die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben also vermögenswert und darum als Eigentum im Sinne des Art.14 GG zu begreifen sei.

b) Die Einschränkung der Handlungsfreiheit

Die prinzipielle Ablehnung eines Anspruchs Privater aus Art.14 GG auf staatliche Finanzierung der ihm zur Wahrnehmung übertragenen Verwaltungsaufgaben beruht darauf, daß Art.14 GG von seinen Voraussetzungen her nicht als einschlägig angesehen wird.

aa) Wahrnehmungspflicht als Berufsregelung

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts stellt sich die Indienstnahme Privater überwiegend und entscheidend als Regelung der Berufsausübung dar.[1] Diese Entwicklung zeichnete sich bereits in der Entscheidung zur Kuponsteuerabzugspflicht der Banken[2] ab, wurde nun im Urteil zur Mineralölbevorratungspflicht [3] evident und bei der Frage nach der Entschädigungsbegrenzung für die Tätigkeit gerichtlicher Sachverständiger [4] als selbstverständlich vorausgesetzt.

---

1) Berufsfreiheit gilt für natürliche und juristische Personen, soweit diese ihrer Art nach eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben können: BVerfGE Bd.22, S.261 (266) = NJW 1967, S.974

2) BVerfG NJW 1968, S.347 ff; AS Bd.22, S.380

3) BVerfG NJW 1971, S.1255ff

4) BVerfGE Bd.33, S.240ff

Die Einschränkung der Berufsfreiheit wird unter mehreren Aspekten sichtbar. Trägt die Auferlegung der Mineralölbevorratungspflicht eindeutig wettbewerbsregelnde [1] Züge im Hinblick auf andere Energiemärkte [2], so steht dies der Annahme einer Verwaltungsaufgabe in der Hand Privater nicht entgegen. So erscheint zunächst nur die Ordnung des Marktes als Verwaltungsaufgabe [3], jene wird aber auch in der Motivationsgrundlage staatlicher Vorsorge für Krisenzeiten deutlich. Insbesondere der Zusammenhang mit der Sicherstellung staatlicher Verteidigungspotenz [4] qualifiziert die Bevorratung als staatliche Aufgabe. Damit ist eine Einschränkung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis über vorhandene Betriebsmittel verbunden, die er in aufgabenspezifischer Weise einzusetzen hat. Im Personennahverkehr wird dies in der Konnexität von Betriebs- und Beförderungspflicht und Verwendung der Einrichtungen für die Beförderung bestimmter Personenkreise zu sozialgebundenen Tarifen deutlich. Insgesamt werden dem Privaten damit Pflichten auferlegt, die seine berufsspezifische Tätigkeit (Personenbeförderung, Bevorratung, Diagnose ärztlicher Sachverständiger) treffen. War die Bevorratung schon bislang Teil der Importtätigkeit, so ist mit Inpflichtnahme des Privaten die partielle Überführung dieses Unternehmensteils in den staatlichen Bereich die Erklärung zur Verwaltungsaufgabe verbunden.

---

1) zur Verschränkung von Wettbewerbsfreiheit und Berufsfreiheit: ÜBER, Freiheit des Berufs, S.147 ff, 150; ferner ISENSEE, DÖV 1970, S.404; dagegen: RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr.144

2) hierzu und zum folgenden vgl. Nachweise und Darstellung im Urteil des BVerfG NJW 1971, S. 1255 (1260)

3) unter diesem Gesichtspunkt: EHLERMANN, Wirtschaftslenkung, S.65

4) zur Qualifizierung als staatliche Aufgabe sei auf die Motivation des Gesetzgebers verwiesen, vgl. Nachweise oben

Davon heben sich unternehmensfremde [1], als Arbeitszwang zu qualifizierende Handlungspflichten [2] ab. Der Trend zur Fixierung bestimmter Berufsbilder [3] sowohl in Rechtsprechung [4] als auch Gesetzgebung [5] konturiert aber in diesem Zusammenhang zweifelhafte Erscheinungsformen der Indienstnahme [6] als Annex zur vom Privaten bereits ausgeübten Tätigkeit.

Allen diesen Pflichten gemeinsam ist der Zwang zu bestimmten Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit stehen.

bb) Begrenzung der allgemeinen Handlungsfreiheit

Die Differenzierung zwischen berufs- bzw. gewerbefremder und an der Drei-Stufen-Theorie [7] zu messender, berufsspezifischer Tätigkeit veranlaßt OSSENBÜHL [8] zum Rückgriff auf Art.2 Abs.1 GG [9]. Unter

---

1) dazu vgl. OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.177; vgl. aber auch FROMM, DVBl 1971, S.161 (162) dazu, daß diese Unterscheidung für das Institut der Indienstnahme als solches unerheblich ist.

2) vgl. dazu die Darstellung von ÜBER, Festschrift für Schack, S.167 ff zur Abgrenzung von Art.12 Abs. 1 und 2 GG; insbes. S.171; zu Arbeits- und Dienstleistungspflichten in Form aktiver Mitwirkung an staatl. Aufgaben: HAMANN, NJW 1952, S.402; zur Entschädigung für ehrenamtliche Richter: BALLER, Sgbkt 1973, S.8ff (9) ehrenamtliche Tätigkeiten entsprechen allgemeiner staatsbürgerlicher Pflicht

3) aus soziologischer Sicht H.A. HESSE, AÖR Bd.95 (1970), S.449 ff, insbesondere kritisch zur Rechtsprechung S.459 ff, 463; zu der noch weiten Fassung in BVerfGE Bd.7, S.377 (397): (jede Tätigkeit, für die sich der einzelne geeignet glaubt) vgl. RÜPP, AÖR Bd.92 (1967), S.212 (218 ff)

4) typisch etwa BVerfGE Bd.16, S.147ff zum Werkverkehr

5) ganz deutlich in den Ausbildungsförderungsgesetzen die Subventionierung eng umschriebener Berufe

6) vgl. aus dieser Sicht zum Lohnsteuer- und Kuponsteuerabzug kritisch: KROHN, BB 1969, S.1233ff; für die Lohnsteuerabzugspflicht hat der BFH NJW 1963, S.2191 Art.12Abs.2 GG für einschlägig gehalten; dagegen zum Kuponsteuerabzug BVerfGE Bd.22, S.380 unter Bezug auf Art.12 Abs.1 GG

7) vgl. die kritische Auseinandersetzung damit bei MENGER, VerwArch Bd.51, S.373(374) und RUPP, AÖR Bd.92 (1967), S.212 (232 ff)

8) VVDStRL Bd.29 (1971), S.178

9) so auch HAMANN, NJW 1952, S.404 zur Einschränkung wirtschaftlicher Tätigkeit

dem Aspekt staatlichen Zugriffs auf private Leistungsfähigkeit sei zwar Art.14 GG angesprochen, persönlicher Einsatz und Dispositionsfreiheit über Betriebsmittel thematisch jedoch dem Bereich allgemeiner Handlungsfreiheit zuzuordnen. Der Staat wolle nicht im Wege der Güterbeschafftung Privatvermögen schmälern, sondern Privatinitiative zur Erfüllung bestimmter Verwaltungsaufgaben kanalisieren und damit einengen.[1] Der Wegfall vermögenswerter Objektivationen würde Art.14 GG zu einem Supergrundrecht ausufern und zu einer Globalanspruchsgrundlage für Entschädigung von vorenthaltener und beschränkter Freiheit werden lassen.

Da Art.12 Abs.1 GG eine besondere Ausprägung des in Art.2 Abs.1 GG umfassend garantierten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist[2], bedarf es zu deren Abgrenzung keiner ausführlichen Erörterungen. Allerdings kann der Ansicht von Ossenbühl nur eingeschränkt zugestimmt werden, da die Indienstnahme in der Regel eine als Beruf oder zumindest Arbeit zu qualifizierende Tätigkeit betrifft. Die besondere Pflichtigkeit des Privaten löst den Gegenstand der Erwerbstätigkeit zwar aus seinem Verfügungsbereich heraus bzw. beschränkt diesen, knüpft aber wie in der Bevorratungspflicht an eine vom Privaten angestrebte oder ausgeübte Tätigkeit an und hängt davon notwendig ab. Die Abspaltung und Herauslösung der Dispositions-, Wirtschafts-[3] und Wettbewerbsfreiheit[4] aus einer gewerblichen Betätigung und damit aus dem Schutzbereich des Art. 12 GG verschafft aber dem

---

1) hierzu und zum folgenden jeweils mit weiteren Nachweisen OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.179

2) vgl. dazu BVerfGE Bd.9, S.73 ff; Bd.1o, S.185 ff; Bd.13, S.181 ff; BAG NJW 1962, S.1981

3) zur allgemeinen Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet: BADURA, AÖR Bd.92 (1967), S. 383 (4o3 f) mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

4) vgl. BVerfGE Bd.8, S.328; Bd.9, S.11; Bd.1o, S. 99; Bd.12, S.347, aber auch Bd.3o,S.191; BVerwGE Bd.6, S.134 ff zur Zuordnung der Wettbewerbsfreiheit zu Art. 2 Abs. 1 GG

allgemeinen Handlungsfreiheitsrecht eine selbständige Bedeutung neben der Berufsfreiheit. Dies ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben nicht schon umfassend von anderen Grundrechten unter den gleichen Gesichtspunkten erfaßt wird. [1]

c) Die Abgrenzung von Eigentums- und Handlungsfreiheit

Da für die Zubilligung einer Enteignungsentschädigung das Eigentum i.S.d. Art.14 GG notwendig überhaupt betroffen sein muß, wirft die kontroverse Zuordnung der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private zu verschiedenen Grundrechtsbereichen die prinzipielle Frage nach der Abgrenzung von Handlungs- und Eigentumsschutz auf.

aa) Beruf und Eigentumserwerb

Im Anschluß an frühere Judikatur sieht das Bundesverfassungsgericht [2] Art.12 Abs.1 GG als Konkretisierung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung. Dem Eigentum wird gegenüber dem unter sozialen Implikationen persönlichkeitsbezogenen Grundrecht der Berufsfreiheit eine bloße Ergänzungsfunktion zugewiesen. Der "objektbezogene" Schutz des Art.14 GG gewährleistet den durch "eigene Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern". Das wesentliche der Abgrenzung besteht also einmal im Schutz des Erwerbs, der Betätigung und zum anderen im Schutz des Betätigungsergeb-

---

1) zur Subsidiarität prinzipiell: BVerfGE Bd. 13, S.296; Bd.21, S.234; Bd.22, S.114 (12o); Bd.25, S.88 (1o1); NJW 1971, S.1255 (1261) m.w.N.

2) NJW 1971, S.1255 (126o) mit Nachweisen zur Rechtsprechung; siehe auch vorstehende Hinweise = JuS 1971, S.65o

nisses. [1] Im weiteren differenziert das Gericht danach, ob durch hoheitlichen Akt eher die Erwerbstätigkeit oder mehr die vorhandenen Vermögensgüter beeinträchtigt werden. In den grundlegenden Äußerungen des Gerichts kommt ein eindeutiger Bedeutungsüberhang zu Gunsten der Erwerbstätigkeit zum Ausdruck. Hinter der Nutzung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter [2] tritt somit der Schutz des Art.14 GG für das statische Haben-Dürfen [3] zurück. Zwar wird die Wechselwirkung zwischen Eigentum und Handlungsfreiheit unter dem Aspekt persönlicher Selbstverwirklichung und eigenverantwortlicher Lebensgestaltung erkannt, die zulässige Beschränkung der Handlungsfreiheit soll aber die Frage nach einer Eigentumsbeeinträchtigung nicht entstehen lassen.

bb) Interdependenz von Eigentum und Freiheit

Die einseitige Gewichtung des Gerichts erscheint angesichts der Stellung des Eigentumsgrundrechts in der Verfassung überraschend. Sowohl Eigentum als auch Beruf stehen unter dem Aspekt freier und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung.[4] Die wechselseitige Wirkung beider Schutzbereiche für eine individuelle Gestaltung des Lebens wird im Hinblick auf die Dispositionsfreiheit deutlich. Thematisch an Art.12 GG und subsidiär an Art.2 Abs.1 GG anknüpfend ist sie Befugnis zu handeln, zu disponieren. In sachlicher Hinsicht beinhaltet sie die Freiheit, über Eigentum zu verfügen. Erst in der engen Verzahnung mit dieser Verfügungsbefugnis, mit der Möglichkeit

---

1) so im Anschluß an WITTIG, NJW 1967, S.2188

2) vgl. aber zum unmittelbaren Schutz auch hierfür: Jörg RÜPF, Anm. zum Urteil des BGH vom 29.5.72 = DVBl 1972, S.827, in DVB l 1973, S.145 (146)

3) HAMANN-LENZ, GG[3], Art.14, Anm.4b aa, bb

4) vgl. dazu weiter: SCHEUNER, Verfassungsschutz, S.63ff; K. HESSE, Verfassungsrecht § 12 III 1

zu veräußern, zu tauschen etc. kann das Eigentum zu einem (Vermögens-)Wert, zu einer Voraussetzung für die selbständige, individuelle Lebensführung, zur Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung [1] werden.

Die bloße Anerkennung des auf Grund beruflicher Tätigkeit erworbenen Vermögensbestandes denaturiert Eigentum zum Annex beruflicher Betätigung, steht insoweit aber auch in einer Linie mit der Wandlung des Eigentumsbegriffs [2], in der sich die Umformierung der Bedeutung von Sachen zu (vermögenswerten) Ansprüchen ausdrückt. Parallel dazu verläuft die Entwicklung zu leistungsstaatlicher [3], entindividualisierter Vorsorge [4].

Ebenso wie bei steuerlichen Belastungen [5] ist das Abstellen auf substantielle Eingriffe für die Frage nach eigentumsrelevanten hoheitlichen Akten dann bedenklich, wenn dadurch bestehende Eigentumspositionen betroffen werden. So wird das Eigentum bei der Inanspruchnahme der Personennahverkehrsunternehmen zumindest partiell derart gebunden, daß die bestehenden Einrichtungen (Wagenpark, Schienennetz, Betriebseinrichtungen etc., also Betriebsmittel) für die laufenden Wahrnehmungspflichten bereitzustellen sind. In

---

1) BADURA, AÖR Bd.98 (1973), S.153 (164)

2) vgl. oben sub II 1 a aa

3) vgl. dazu den Bericht auf der Staatsrechtslehrertagung 1973 von MARTENS, VVDStRL Bd.30, S.7ff, und HÄBERLE, VVDStRL Bd.30, S.43ff

4) dahinter tritt zunehmend die persönliche Sorge zurück, verbunden mit einem Defizit an persönlicher Freiheit

5) vgl. kritisch zu Steuern als Steuerungsinstrument: HÄBERLE, VVDStRL Bd.30 (1972), S.43 (124); v. BOCKELBERG, BB 1973, S.669 ff; zum Verhältnis Steuern und Eigentumsschutz ebenfalls: MUSSGNUG, Festschrift für Forsthoff, S.259 (276) mit ausführlichen Nachweisen;zur Vergleichbarkeit der Bevorratungspflicht mit Steuern: HEINZE, Verteilung, S.97f
gegen thematische Betroffenheit unter dem Aspekt des Art.14 GG: EHLERMANN, Wirtschaftslenkung, S.91, 94; einschränkend HAAS, System S.24 zu Art. 14 Abs.1 S.1 GG i.V.m. Art.2 Abs.1 GG; nur im Extremfall: BVerfGE Bd.14, S.221 (242)

der Wirkung kommt dies einem Entzug gleich. Insbesondere die unterschiedlichen auf Schulden- und Eigenkapitalbasis arbeitenden Unternehmen lassen hier breiten Raum für ungleich belastende Eingriffe in Eigentümerpositionen zu, wenn nur auf eine beruflich, gewerblich gleiche Belastung abgestellt wird.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist der Zugriff auf vorhandene Betriebsmittel durch den Übertragungsakt automatisch zulässig, weil nicht Art.14 GG betroffen ist, wenn die Wahrnehmungspflicht mit Art.12 Abs.1 GG vereinbar ist. Dies erspart ihm die Untersuchung, inwieweit damit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung [1], Sozialbindung [2] oder Enteignung verbunden ist.
Nach hier vorgetragener Auffassung kann dem so nicht gefolgt werden, wenn Eigentum des Privaten zur Erfüllung der übertragenen Verwaltungsaufgaben herangezogen bzw. gebunden wird.[3]

---

1) vgl. unter diesem Aspekt H. KRÜGER, Festschrift für SCHACK, S.71 (81f) zur idealisierenden Betrachtung als partnerschaftliches Verhältnis zwischen Staat und Unternehmen zur Bewältigung eines Stücks nationaler Existenz; zu Kooperationsfragen im Personennahverkehr: ZUCK, BB 1969, S.858f

2) kritisch zur Unentgeltlichkeit: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.14 Rdnr.67; wenn die Eigentumsbindung überschritten wird, will PÜTTNER, Unternehmen, S.227, auch für die Zukunft Kostenerstattung gewähren.

3) Nach HAAS, System S.20 beinhaltet eine Indienstnahme den typischen Fall der Aufhebung der Privatnützigkeit; dazu: BADURA, BayVBl 1973, S.1 (2); für Privatnützigkeit: REINHARDT, Verfassungsschutz, S.61

cc) Eigentum und Wahrnehmungspflicht

Allerdings, und darin sieht sich das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung [1], ist das Eigentumsgrundrecht auch unter dem Aspekt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dann nicht berührt, wenn und soweit der Erwerb zukünftiger, potentieller, noch nicht konkretisierter [2] vermögenswerter Rechte angesprochen ist. Erfaßt die Eigentumsgarantie nur vorhandene Werte, so unterfällt ihr auch nicht die tätigkeitsorientierte Pflicht zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben [3] in Hinblick auf Erwerbschancen. Es ist also zu unterscheiden zwischen der Betroffenheit der zur Zeit der Übertragung bestehenden Werte und der durch die Wahrnehmungspflicht entstehenden dauernden Bindung der persönlichen Handlungsfähigkeit zu Gunsten der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben.
Wie wenig sich die Enteignungsgrundsätze des Art.14 GG zur Begründung eines Anspruchs auf staatliche Finanzierung der aufgabenspezifischen Leistungsverpflichtungen Privater eignet, zeigt die Rechtsprechung zur Entschädigung für Eingriffe in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.[4] Entschädigt wird nicht eigentlich der Gewinnausfall oder der Rentabilitätsverlust [5] während der Dauer einer Beeinträchtigung, sondern die zum Zeitpunkt des Eingriffs entstehende Wertminderung des sachlichen

---

1) vgl. näher zum Inbegriff von Sacheigentum und Forderungen: KIMMINICH, BK, Art.14 Rdnr.20; EHLERMANN, Wirtschaftslenkung, S.88; FRIAUF, DVBl 1966, S.733

2) vgl. BVerfGE Bd.28, S.119 (142); BGHZ Bd.45, S.83 und S.150; Bd.48, S.58 (61) m.w.N.

3) etwas anderes würde nur für Warenlieferung gelten können: E.R. HUBER, WVwR Bd.2, S.35

4) vgl. Nachweise bei BADURA, AÖR Bd.98 (1973), S.153 (164ff)

5) vgl. für die Personenbeförderung: HEINZE, Verteilung, S.101

Substrats [1]. Einerseits indiziert zwar der auftretende Verlust den Eingriff [2] bzw. ist die Gewinnschmälerung Ansatzpunkt für die Berechnung des hoheitlich bewirkten Schadens [3]. Andererseits aber ist der Entzug von Eigentümerpositionen Grund für die Entschädigungsregelung . Da aber die Wahrnehmung übertragener Verwaltungsaufgaben dem Privaten zukunftsorientierte - potentiell unter Einsatz derzeit bestehender Betriebsmittel - Leistungs-, d.h. Handlungsverpflichtungen auferlegt, kann das einmal durch den Übertragungsakt gebundene Eigentum nicht mehr berührt sein.

d) Zusammenfassung

Mithin kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, daß über Art.14 GG nur die durch den Übertragungsakt bewirkte Beeinträchtigung vorhandener vermögenswerter Rechte liquidiert werden kann. Das Eigentumsgrundrecht kommt aber von seinem Schutzbereich her nicht für einen generellen, fortdauernden Ausgleich der vom Privaten zu erfüllenden Aufgabenverpflichtungen in Betracht. Da innerer Grund der Enteignungsregeln der Sachwertausgleich ist, kann eine Kompensation der Tätigkeitsleistung nur dann erzielt werden, wenn sie sich in einem konkreten Anspruch realisiert hat. Der innere Grund für eine staatliche Finanzierung der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private kann also nicht den Entschädigungsgrundsätzen entnommen werden.

---

1) BGH NJW 1972, S.243 (246)
2) vgl. RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr.127
3) BGH DVBl 1973, S.147 (148)

2. Die am Sonderopfergedanken orientierte Lösung

Umfassenden Raum in der Argumentation nimmt die Frage ein, ob aus der Zusammenschau von Lastengleichheitssatz und Willkürverbot eine Kompensationspflicht des Staates für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben abzuleiten sei.

a) Problemstand

Die diesbzüglichen Ansätze tendieren dazu, die Grundsätze des Sonderopferausgleichs hierfür fruchtbar zu machen [1], ohne auf Art. 14 Abs. 3 GG zurückgreifen zu müssen.
OSSENBÜHL [2] geht zunächst von der Prämisse aus, daß Freiheitseingriffe grundsätzlich nicht liquidierfähig sind. Wenn solche Eingriffe nicht allgemein sind, bzw. einzelne besonders treffen, so sollen diese Ungleichheiten aber über eine "do ut des"-Lösung kompensierbar sein. Im Hinblick auf die Absicherung gegen Gleichheitsverstöße könne der Staat also finanziellem Ausgleich verpflichtet sein. Im übrigen bedürfe nicht nur die Abbürdung von Verwaltungsaufgaben selbst sondern auch die Kostenabwälzung auf die Betroffenen der Legitimation. [3]
In der Aufzählung verschiedener Topoi für die Gleichheitsprüfung wie den Gedanken der Verzugslast, der Kongruenz zwischen staatlichem und privatem Interesse, der Abwälzbarkeit auf eine breite Konsumentenschicht sowie der Vertauschbarkeit zwischen der geforderten Natural- und Dienstleistung mit einer wertgleichen steuerlichen Geldleistung nimmt bei OSSENBÜHL insbesondere der Gedanke der

---

1) so ausdrücklich GALLWAS, BayVBl 1971, S.245 (248)

2) VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 137 (181 ff)

3) ähnlich differenziert BFHE Bd.77, S.4o8 zum Lohnsteuerabzug; vgl. dazu GALLWAS, BayVBl 1971, S. 245 (247 f)

Systemgerechtigkeit einen breiteren Raum ein. [1] Diese von IPSEN im Rahmen der Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs durch Abbürdung von Verwaltungsaufgaben diskutierte Frage, ob der Vergleich mit ähnlichen Regelungen z.B. des BLG, der Notleistungsgesetze zur Beibehaltung eines Entgeltlichkeitssystems auch für vergleichbare Konzeptionen durchgehalten werden muß, wird von Ossenbühl im Bereich des Art.3 Abs. 1 GG angesiedelt. Damit findet er sich im Einklang mit der Rechtsprechung [2], die einen Verstoß gegen die gesetzesübergreifende Systemtreue als erstes Anzeichen für eine Verletzung des Willkürverbotes wertet. Unter diesem Aspekt will OSSENBÜHL die anderorts normierten speziellen Ausgleichsansprüche auf ein ihrem Rechtsgrund nach allgemeines Prinzip reduzieren und ihnen über Art.3 Abs. 1 GG zusätzliche Geltung verschaffen.

b) Der Standort des "Entgeltlichkeitssystems"

Eine dogmatische Absicherung des Gedankens der Systemtreue in Hinblick auf ein Entgeltlichkeitssystem ist in der Literatur nur in Ansätzen vorzufinden. [3]

aa) Systemtreue als Gebot zur Richtlinienbefolgung

Die Gerichte hatten bereits wiederholt Gelegenheit, sich mit Fragen der Systemgerechtigkeit auseinanderzusetzen. [4] Ausgangspunkt ist regelmäßig der vom Bundesverfassungsgericht als Willkürverbot verstandene

---

1) vgl. auch MARTENS, VVDStRL Bd.3o (1972), S.1 (2o)

2) neuestens: StGH Baden-Württemberg, DÖV 1973, S. 163(165)

3) vgl. LANGE, Verw 1971, S. 259 ff (269)

4) vgl. etwa BVerfGE Bd.7, S.129 (153); Bd.9, S.2o (28) und S.2o1 (2o7); Bd.11, S.283 (293); Bd.12, S.264 (273); Bd.13, S.331 (34o); Bd.21, S.54 (64); Bd.23, S.327 (345); Bd.24, S.75 (1oo) und VerfGH Rhl.Pf., DÖV 1969, S.56o (566); DVBl 197o, S.78o; StGH BaWü, DÖV 1973, S.163

Gleichheitssatz.[1)2)] Dieser ist dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, wenn also die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.[3)] Grundsätzlich ist zwar der Gleichheitssatz nicht über unterschiedliche Gruppen hinweg anwendbar, doch müssen auch dann die Lasten gruppenspezifisch bestimmbar sein. Wenn also die Belastung auf bei zwei oder mehreren Gruppen gleichen Merkmalen beruht, verstößt eine unterschiedliche oder unterschiedlich schwerwiegende Maßnahme gegen den Gleichheitssatz. Zur Lösung der Frage, nach welchen Kriterien eine Gleich/Ungleichheitsbestimmung vorzunehmen ist, ist dieser auf die Erfassung von Adressatengruppen ausgerichtete Satz von STERN [4)] und vom Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz [5)] auch auf Sachgruppen angewandt worden. Das hat darin seinen Ausdruck gefunden, daß zur Regelung von Sachgebieten aufgestellte Leitsätze, hier die Ordnung der Neugliederung [6)], als Systemobersatz anzusehen sind. Abweichungen davon sind zwar nicht per se gleichheitswidrig, indizieren aber wie bei gesetzesinhärenten Systemwidrigkeiten die Willkürlichkeit.

---

1) seit BVerfGE Bd.1, S.52

2) zu Art.3 Abs.1 GG als Gebot zur Systemgerechtigkeit vgl. STERN, Grundfragen, S.25; LANGE, Verw 1971, S.259 (262); EVERS, StB 1970, S.230 (234)

3) vgl. vorstehende Nachweise und BVerfGE Bd.1, S.247; Bd.4, S.155; Bd.5, S.24; Bd.6, S.136; Bd.7, S.315; Bd.9, S.81; Bd.12, S.348;Bd.14, S.150; Bd.18, S.46; Bd.20, S.33; Bd.21, S.9 und S.227

4) STERN, Grundfragen, S.26; ähnlich: SALZWEDEL, DÖV 1969, S.546; vgl. HEINZE, Verteilung, S.65

5) VerfGH Rhl.Pf. Urt. v. 17.4.1969 = DÖV 1969, S.560 (566)

6) hierzu kritisch HOPPE, DVBl 1971, S.473ff (476) m.w.N.

Eine ähnliche Problematik wird unter dem Stichwort von der "Selbstbindung der Verwaltung" erörtert.[1] Danach sind Verwaltungsakte ermessensfehlerhaft, wenn sie willkürlich von sonst in ständig gleicher Weise ausgeübter Ermessensbetätigung abweichen.[2] Hat diese Selbstbindung ihren Niederschlag in Verwaltungsrichtlinien gefunden, so ist ein Abweichen hiervon Indiz für die Willkürlichkeit.[3]
Scheint zwar die Selbstbindung des Gesetzgebers damit vergleichbar zu sein, so ergeben sich doch zusätzliche Probleme zur Reichweite der Bindungswirkung [4] aus dem Grundsatz "lex posterior derogat legi priori"[5] und aus der Frage, ob gesetzgeberisches Ermessen durch einfache Gesetze gebunden sein kann.[6]
Darüber hinaus ist ungeklärt, welche Stellung der Systemobersatz im Gefüge der Verfassungsnormen, Bundes- und Landesgesetze einnimmt.
Da MENGER [7] klargestellt hat, daß Grenzänderungsgesetze materiell Akte der Verwaltung sind, auch wenn

---

1) im einzelnen dazu OSSENBÜHL, GG, S.514ff

2) OSSENBÜHL, GG, S.536 f

3) vgl. OSSENBÜHL, GG, S.518 m.w.N.; zu norminterpretierenden Richtlinien vgl. MENGER, VerwArch Bd.63 (1972), S.213 (214)

4) dazu LANGE, Verw 1971, S.259 ff, 266 bei nebeneinander bestehenden Systemen, S.268f;zu den Folgen festgestellter Systemwidrigkeit; vgl. ferner EVERS, StB 1970, S.230 (234)

5) vgl. BREUER, DVBl 1970, S.101 (102); JELLINEK, VerwR, 3.Aufl. 1948, S.141

6) in Hinblick auf Programmgesetze gegenüber nachfolgenden Ausführungsgesetzen; so: BREUER, DVBl 1970, S.101 (105) m.w.N.; dagegen ablehnend VerfGH NW, Urt. v. 5.11.1968 in Kottenberg-Steffens, GO § 16 Nr.4 S.21; daselbst OVG Münster, B. v. 29.1. 1968, GO § 16 Nr.5 S.34 (Bindung des Gesetzgebers an Verfassungsnormen); daselbst VG Köln B. v. 31.5. 1968, GO § 16 Nr.6 S.38; OVG Münster B. v. 9.1. 1968 GO § 16 Nr.7 S.43

7) VerwArch Bd.50 (1959), S.282 (284); ebenso ULE, VerwArch Bd.60 (1969), S.101 (112) m.w.N.; zur Rechtsprechung;vgl. HOPPE, StGB 1973, S.228 (229f, 233f) zur Neugliederung

sie in Gesetzesform gekleidet sind, dürfte ferner zweifelhaft sein, ob der These OSSENBÜHLs von der Übertragbarkeit des zu den Neugliederungsgesetzen entwickelten gesetzesübergreifenden Systemgedankens auf die Entgeltlichkeitsfrage zugestimmt werden kann.
Diese Hinweise mögen zunächst genügen, da sie nur dann näherer Untersuchung bedürfen, wenn sich aus dem hier interessierenden Bundesleistungsgesetz und den Sicherstellungsgesetzen tatsächlich ein Systemsatz ableiten läßt. Gleichwohl zeigen sie die Richtung auf, an der sich nachfolgende Untersuchungen zu orientieren haben.

bb) Möglichkeiten der Ableitung systembildender Sätze aus einzelnen Regelungen

Die Ableitung eines Entgeltlichkeitssystems aus den genannten Gesetzen wirft die Frage auf, nach welchen Kriterien die vorhandenen Regelungen miteinander zu vergleichen sind, da es sich um zunächst unverbunden nebeneinander stehende Normen [1] handelt [2].
Nach LANGE kommt es darauf an, vorhandene Tatbestände auf die ihnen zu Grunde liegenden Leitgedanken hin zu untersuchen, um das System erkennbar zu machen. Zunächst werden aus einer Mehrzahl von Rechtsvorschriften induktiv allgemeine Prinzipien zu entwickeln sein. Die Systembildung kann aber nur dann Erfolg haben, wenn hinsichtlich vorhandener Regelungen vergleichbare Tatbestände, gleiche Zwecke und Rechtsfolgen erkennbar werden, also der gleiche gesetzgeberische Grund angenommen werden kann.[3]
Erst ein daraus zu deduzierender allgemeiner Satz kann den Hinweis auf wesentlich gleiche Strukturen

---

1) LANGE, Verw 1971, S.259 verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff der horizontalen materiellen Gerechtigkeit

2) Der VerfGH Rhl.Pf., DÖV 1969, S.560 (566) konnte dagegen auf bereits bestehende Leitsätze rekurrieren

3) MENGER, System S.69; NAWIASKY, Rechtslehre S.146

geben. Gleichwohl wird auch dann nur ein System nachgewiesen werden können, wenn sich diese Strukturen in mehreren Rechtssätzen finden. Mit KRIELE [1] würde für das Gleichbehandlungsgebot eine einzige bereits getroffene Regelung genügen; aber ähnlich wie bei der Selbstbindung der Verwaltung sind Einzelregelungen -Testfälle- zur Begründung differenzierter gesetzlicher Ausgestaltung [2] der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private zuzulassen. Sieht man überdies mit dem Bundesverfassungsgericht in Art.3 Abs.1 GG ein Willkürverbot, so wird der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers schon dann nicht das Gleichheitsverdikt entgegengesetzt werden können, wenn die systemdivergierende Regelung sachlich motiviert ist.[3]

Ferner bleibt zu untersuchen, ob den so gewonnenen Prinzipien - ähnlich einem Planungsgesetz - die Stellung einer etwa aus Rechtssicherheitsgründen [4] einzuhaltenden Rahmenrichtlinie zukommt oder ob diese auf Verfassungsebene anzusiedeln sind [5].

---

1) Gerechtigkeit S.91

2) vgl. OSSENBÜHL, GG, S.539f; aber auch STERN, Grundfragen S.26 zu einem Verbot des dauernden Experimentierens bzw. der Systemlosigkeit

3) die materiellen Elemente des Gleichheitssatzes werden nicht verkannt; strenges Systemdenken führt aber zwangsläufig zu erstarrten Strukturen;

4) vgl. CANARIS, Feststellung S.126 über das Verhältnis von Systemverwirklichung zur Rechtssicherheit

5) ähnlich wie im Verhältnis allgemeiner Rechtsgrundsätze zu analoger Anwendung von Rechtsgedanken käme der unmittelbar wirkende Verfassungssatz zur Anwendung: vgl. dazu MENGER, System S.70ff; 72; Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 25 I

cc) Identität von "Entgeltlichkeitssystem" und Sonderopfergedanken

Die Untersuchung des von Ossenbühl zur Systembildung herangezogenen Bundesleistungsgesetzes [1] zeigt, daß dieses ebenso wie das Reichsleistungsgesetz [2] primär dem Ausgleichsgedanken des Sonderopferausgleichs folgt [3].

So ist in § 22 BLG die Entschädigung für nach § 2 BLG abgeforderte Sachleistungen geregelt. Diese Regelung folgt auch nach der Motivation des Gesetzgebers den Anforderungen der Junktimklausel in Art.14 GG.[4] Für die Abforderung sonstiger Leistungen hat der Gesetzgeber gerade nicht wie in § 16 II RLG eine Dienstpflicht begründet [5] sondern diese als Pflicht zur Erbringung von Werkleistungen bzw. zum Abschluß von Verträgen vorgesehen. Das hierfür gemäß § 24 Abs.1 und 2 BLG zu zahlende Entgelt soll zwar der im Wirtschaftsleben üblichen Vergütung entsprechen, gleichwohl hat der Gesetzgeber ausdrücklich den Begriff Entschädigung gewählt.

Damit hat der Gesetzgeber bewußt an den auch in § 22 BLG zum Ausdruck gekommenen Sonderopfergedanken angeknüpft. [6] Die von KONOW [7] angesprochene Vertragsähnlichkeit steht dem nicht entgegen. Auch Entschädigungen nach dem Bundesbaugesetz sollen zunächst

---

1) vom 19.10.1956, BGBl I, S.815

2) so zu § 26 Abs.3 RLG im Kontext mit Art.14 Abs.3 GG: EHLERMANN, Wirtschaftslenkung S.130; vgl. ferner IPSEN, AÖR Bd.90 (1965), S.393 (428)

3) wie hier: OESTREICHER, BLG, S.31

4) v. HAUSEN, BLG, S.52; vgl. BT-Drucks. 1956, S.1804

5) OESTREICHER, BLG, S.21

6) v. HAUSEN, BLG, S.60

7) DÖW 1972, S.25 (26)

durch Vertrag geregelt werden. Gleichwohl steht auch das vertraglich vereinbarte Entgelt dem Sonderopferausgleich nahe. Andererseits ist ihm insoweit wiederum zuzustimmen, als die einschlägigen Normen Kontrahierungszwang vorsehen. Wenn über die Gegenleistung keine Einigung erzielt wird, gilt der übliche Preis als vereinbart.
Eine dem Bundesleistungsgesetz vergleichbare Konzeption ist in § 23 Verkehrssicherstellungsgesetz [1] unter Verweisung auf die §§ 20ff BLG verwirklicht worden. Gleichfalls sieht § 17 Abs.1 Ernährungssicherstellungsgesetz [2] eine Enteignungsentschädigung und überdies Härteausgleich vor.
Die von Ossenbühl angezogenen Regelungen des § 4 Verkehrssicherstellungsgesetz, § 4 Wirtschaftssicherstellungsgesetz[3] und § 6 Ernährungssicherstellungsgesetz haben dagegen nur geringe Beweiskraft für die Annahme eines Entgeltlichkeitssystems. Dort sind lediglich zur Vermeidung unzumutbarer Belastungen Hilfsmaßnahmen durch Kreditgewährung, Bürgschaftsübernahme etc. vorgesehen. Lediglich § 12 Abs.2 Wassersicherstellungsgesetz [4] sieht Aufwendungsersatz für aus der Bevorratungspflicht entstehende Kosten vor.

Mithin kann festgestellt werden, daß vom Gesetzgeber kein eigenständiges Entgeltlichkeitssystem für die Wahrnehmung von Bevorratungspflichten entwickelt worden ist. Die dargestellten Regelungen knüpfen vielmehr an den Sonderopfergedanken an.[5] Dieser hat

---

1) i.d.F. v. 8.10.1968, BGBl I, S.1082
2) i.d.F. v. 4.10.1968, BGBl I, S.1079
3) i.d.F. v. 3.10.1968, BGBl I, S.1069
4) v. 24.8.1965, BGBl I, S.1225
5) so auch IPSEN, AÖR Bd.90 (1965), S.393(428)

aber seinen Niederschlag in der oben angesprochenen Enteignungsentschädigung und in der Aufopferungsentschädigung gefunden. Somit bleibt für die Ableitung eines systembildenden Satzes aus daran anknüpfenden Einzelregelungen kein Raum mehr, weil dieser als einfachgesetzliche Norm hinter dem übergeordneten Verfassungssatz zurückbleibt.

c) Überblick über die Entwicklung des Aufopferungsgedankens

Der Gedanke des Sonderopferausgleichs soll im folgenden vertieft werden. Zur Ableitung einer Kompensationspflicht des Staates für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private aus dem Gedanken des Sonderopferausgleichs bedarf es einer Rückbesinnung auf die Grundlagen dieses Anspruchs.[1)]

aa) historische Ausgangslage

Die Entwicklung des Anspruchs auf Sonderopferausgleich geht auf das Verständnis vom Staat-Bürger-Verhältnis im 18./19.Jahrhundert zurück. Einerseits standen dem Bürger angeborene und wohlerworbene Rechte zu.[2)] Andererseits wurde dem Fürsten ein ius eminens zugestanden [3)], das ursprünglich als Notrecht gedacht sich zu einem Recht entwickelte, auf Grund dessen der Fürst Maßnahmen zur Förderung des öffentlichen Wohls ergreifen konnte. Gleichwohl konnte durch einen solchen Eingriff nur die Funktion z.B. des Eigentums, nicht aber dessen Wert entzogen werden.

---

1) vgl. insgesamt zur folgenden Darstellung: BENDER, Staatshaftungsrecht, S.2 ff mit weiteren Quellenangaben; aus soziologischer Sicht: LUHMANN, Entschädigung, S.37ff

2) darunter auch das Eigentum i.w.S.

3) vgl. dazu ERICHSEN, Grundlagen S.160

Damit gestalteten sich die Rechte der Bürger für den Staat als geldwerte Rechte, die zu Gunsten des öffentlichen Wohls gegen Entschädigung entzogen werden konnten, dies aber auch nur dann, wenn der Staat zur Zweckerfüllung den Betroffenen ungleich belastende Mittel wählte. Dieser Rechtsgedanke [1] fand seinen Niederschlag in der Regelung der §§ 74, 75 Einl. Pr. ALR. Wurden die Rechte des Bürgers verletzt, weil ihm im Verhältnis zur Allgemeinheit ein ungleiches Opfer abverlangt wurde, so war der Betroffene zu entschädigen. Damit wurde der Bürger auf das Dulden des Eingriffs einerseits und das Liquidieren des Sonderopferausgleichs andererseits verwiesen.[2] Allerdings wurde diese Entschädigung nur für rechtmäßige Eingriffe gewährt.[3] Dies hat sich im heutigen Aufopferungsrecht mit der Verlagerung der Gewichtigkeit auf den Rechtsgedanken der Gleichheit verändert. Nach der Rechtsprechung des BGH wird ein Sonderopfer durch den Verstoß gegen den Gleichheitssatz zumindest indiziert.[4] Damit ist der von Hans J. WOLFF [5] gesetzesimmanent genannte Gleichheitssatz, also das Willkür-

---

1) Zur Anerkennung über den pr. Einflußbereich hinaus vgl. Nachw. bei LUHMANN, Entschädigung S.42 FN 16; zur Entwicklung in Bayern, Baden und Württemberg vgl. Wolfgang von RIMSCHA, Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus, Köln u.a. 1973, S.165f

2) Die Verengung des Anspruchs durch die Pr.Kabinettsordre vom 4.12.1831 hat im weiteren Verlauf kaum nachhaltige Eindrücke hinterlassen.

3) Nach LUHMANN, Entschädigung, S.44 kam es seinerzeit auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht an, da alle Entschädigungsforderungen einheitlich auf die Verletzung wohlerworbener Rechte gestützt werden mußten und in diesem Sinne stets alle Rechtsverletzungen aus höherem Recht gesehen wurden. Dies greift aber nicht durch; wenn das nachrangige Recht dem vorrangigen weicht, so ist dies nicht eine Rechtsverletzung sondern Ausdruck der Abwägung wie sie uns auch heute u.a. in der Schrankenproblematik geläufig ist.

4) BGHZ Bd.6, S.270 (290ff); Bd.13, S.88 (91); Bd.32, S.208 (211); vgl. dazu BATTIS, Erwerbsschutz, S.45f

5) VwR Bd.1, § 60 I c 2

verbot angesprochen.[1] Auf Grund eines Erst-recht-Schlusses wird nicht nur für rechtmäßige sondern auch für rechtswidrige Beeinträchtigungen, soweit sie zwar typischerweise aber nicht notwendig zu gesetzestranszendenter Ungleichheit, also (materiell) zu einer Sonderopferlage führen, Entschädigung gewährt.

bb) Stellung im Entschädigungssystem

Die Entschädigungspflicht für rechtmäßige Eingriffe in das Eigentum hat ihre Kodifizierung speziell in Art.14 GG gefunden. [2] Es fehlt nicht an Ansätzen, den enteignungsgleichen Eingriff in das Institut der Aufopferung zu übernehmen und umgekehrt dem Aufopferungstatbestand zugeordnete Schutzobjekte dem enteignungsgleichen Eingriff zuzuschlagen. [3] Nach bestehender Auffassung trifft aber letztere auf die rechtswidrige Beeinträchtigung von Eigentum [4], während der Aufopferungstatbestand die final auf den Kreis immaterieller Rechtsgüter zielenden hoheitlichen Eingriffe erfaßt. [5] Gleichwohl besteht Uneinigkeit darüber, wo der allgemeine Aufopferungstatbestand zu verorten ist. Zum Teil wird er aus den §§ 74, 75 Einl. Pr. ALR als allgemeiner Rechtssatz, zum Teil aus Art.3 GG abgeleitet, steht aber auch dort selbständig neben dem Willkürverbot.[6]

---

1) vgl. auch GUENG, Entschädigungspflicht, S.125

2) PETER, JZ 1969, S.549 (551)

3) vgl. BAUSCHKE-KLOEPFER, NJW 1971, S.1233

4) WAGNER, JZ 1967, S.23 ff zur rechtmäßig oder rechtswidrig ungezielten Beeinträchtigung; zur Entstehungsgeschichte: DEBELIUS, Diss. S.16-25; KIMMINICH, JuS 1969, S.351; zum Rechtsgrund: LERCHE, JuS 1961, S.237 (240); aber auch: BETTERMANN, GrdR III/2, S.856; insgesamt: MENGER, VerwArch Bd.63 (1972), S.81 (82) m.w.N.

5) JANSSEN, Entschädigung, S.59; im einzelnen: Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 60 IV

6) vgl. dazu insgesamt: BATTIS, Erwerbsschutz, S.45ff; und HEUSER, Diss. S.58

cc) teleologische Aspekte

Sinn und Zweck des hier interessierenden Sonderopferausgleichs ist die Wiederherstellung der aus hoheitlichem Handeln resultierenden materiellen Ungleichheit. Nach der skizzierten Entwicklung des Aufopferungstatbestandes knüpfte die Entschädigungspflicht früher an rechtmäßige Eingriffe an, die insoweit fiktiver Art waren, als sich der Bürger "auf den Boden der Tatsachen" stellte [1] bzw. der Rechtsfehler durch Unterlassen einer Klage oder Zustimmung geheilt wurde. [2] Nach sich durchsetzender Ansicht ist es für die Entschädigungsfrage irrelevant, ob ein rechtmäßiger oder rechtswidriger Eingriff zur Sonderopferlage führt [3], es wird also auf die Fiktion der Rechtmäßigkeit verzichtet.

d) Der Sonderopfergedanke im Hinblick auf die Grundrechte

Für vorliegende Untersuchung ist von besonderem Interesse, ob eine Sonderopferlage im immateriellen Rechtsgüterbereich tatsächlich rechtmäßig bewirkt werden kann oder ob der diesbezügliche Hoheitsakt vom Erfolg her als rechtswidrig qualifiziert werden muß.

aa) Problemfrage

Erst nach Lösung dieser Frage kann auch Antwort auf die Forderung nach staatlicher Finanzierung aus dem Sonderopfergedanken heraus gegeben werden, da gegen rechtswidrige Eingriffe der Schutz der Grundrechte aktualisiert wird.

---

1) JELLINEK, VwR, S.330

2) vgl. LUHMANN, Entschädigung S.89

3) dazu Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 60 I c 2; wenngleich die Rechtswidrigkeit Indiz für die Sonderopferlage ist, so BGHZ Bd.6, S.270 (294); Bd.13, S.88 (92f) und S.395 (398)

Primärfolge des als nicht rechtmäßig erkannten Eingriffs wäre die Beseitigung der Wahrnehmungspflicht, der rechtlich mißbilligten Spannungslage zwischen privatem und öffentlichen Interesse, also letztlich die Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Sekundärfolge ist der Ausgleich der bis dahin entstandenen Sonderopferlage, die durch eine Beseitigung der hoheitlichen Maßnahme allein nicht wieder gutzumachen wäre. Insoweit haben Beseitigungs- und Entschädigungsanspruch eine, wie MENGER [1] nachgewiesen hat, vergleichbare Funktion. Offen bliebe gleichwohl die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Wiedergutmachungsmöglichkeiten zueinander stehen, ob die Entschädigungsleistung nur subsidiär eintritt.

bb) Erfolgsqualifizierte Rechtswidrigkeit und Sonderopferausgleich

Exemplarisch für typische Aufopferungslagen sind die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zu Impfschäden.[2] Diese zeigen, daß die zunächst rechtmäßige Anordnung (oder auch bloße Empfehlung), sich der Impfung zu unterziehen, im Erfolg als rechtswidrig (Art.2 Abs.2 GG) zu qualifizieren ist. Dies führt zu der weiteren Frage, ob bei fortwirkendem Eingriff der Betroffene sich trotz Vorhersehbarkeit des rechtswidrigen Erfolges auf die Liquidation einer Entschädigung verweisen lassen kann. Bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private entspricht dies dem Vorschlag, die Wahrnehmungspflicht als solche bestehen zu lassen, aber die Kostenabwälzung auf Private durch zwanglose [3], systemgerechte Finanzierung zu beseitigen. Die vergleichsweise Heranziehung des rechtstheoretischen Gehaltes von Art.14 Abs.3 GG scheitert schon

---

1) in Festschrift für Jellinek, S.347ff

2) vgl. die Falldarstellung bei SCHNEIDER, Enteignung, S.105f

3) so OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S. 184 f.

daran, daß dort das historisch bekannte "dulde und liquidiere" seine Fortsetzung gefunden hat. Der Eingriffserfolg, also Eigentumsentzug, wird zunächst mißbilligt; gleichzeitig ist aber der Verstoß gegen den transzendenten Gleichheitssatz durch Entschädigungsleistung heilbar. Der Betroffene muß also die Entziehung hinnehmen und sich auf die Liquidation der Entschädigung verweisen lassen. Das ergibt sich aus der Notwendigkeit, dem Staat für öffentliche Zwecke den Zugriff auf Grund und Boden zu belassen. Dagegen kann sich der Betroffene aber gegen einen gesetzesimmanenten Gleichheitsverstoß,gegen die Maßnahme als solche wehren. Ihm bleibt die Liquidation für sonst nicht wieder gut zu machende, rechtswidrige abgeschlossene Eingriffe.[1)]

cc) Aufopferung und Abwehrfunktion der Grundrechte

Im Bereich der immateriellen Rechtsgüter [2)] ist die Lage anders. Dies ergibt sich nicht eigentlich aus dem anspruchsbegründenden Moment des Sonderopfers [3)], sondern aus dem Kreis der verletzten Rechtsgüter . Insofern läßt sich ein Anspruch auch nicht aus der Gesamtschau aller in Betracht kommenden Entschädigungsgrundsätze [4)] ableiten.

Die Folge Sonderopferausgleich für Eingriffe in immaterielle Rechtsgüter vermag den zunächst rechtmäßigen, von der Verteilung der Lasten her gesehen ungleichen Eingriff nicht zu rechtfertigen. Sie ist vielmehr Ausdruck des Bemühens, die Wirkungen des Eingriffs zu

---

1) vgl. im einzelnen: Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 60 I b 3

2) vgl. die Nachweise zu den einzelnen in Frage kommenden Rechtsgütern bei: BATTIS, Erwerbsschutz, S.1o1; ferner aus der Rechtsprechung die objektbezogene Abgrenzung: BGHZ Bd.13, S.88 (91); Bd.20, S.61 (63); Bd.23, S.157 (161); Bd.45, S.58 (77)

3) In dieser Tendenz aber: OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.183

4) IPSEN, Festgabe für Kaufmann, S.158; vgl. STÖDTER, Entschädigung, S.178; ferner W. WEBER, NJW 1950, S.402; insbes. zu Art.2 Abs.1 GG i.V.m. Aufopferung vgl. SCHNEIDER, VerwArch Bd.58 (1967), S.301 (355)

beseitigen. Dies steht insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung, als diese die Opfergrenze, bei deren Überschreiten der Staat entschädigungspflichtig wird, danach bestimmt, wie sich die Vermögenslage des Betroffenen infolge der Verletzung bestimmt.[1] Es handelt sich insoweit immer um reaktive Wiedergutmachung, die den Eingriff selbst nicht zu heilen vermag. Allein Art.14 GG als einziges Grundrecht sieht die "Ermächtigung zum Eingriff unter finanzieller Ausgleichsgewährung" vor.[2]

Da aber eine Sonderopferlage erst entstehen kann, wenn eine geschützte Rechtsposition betroffen ist und überdies eine ungleiche Belastung einzelner oder Gruppen im Verhältnis zu anderen vorliegen muß, greift zunächst der Grundrechtsschutz ein. Im logischen Fortgang ist also zunächst der rechtlich mißbilligte Erfolg festzustellen. Da aber die immateriellen Rechtsgüter eben keine geldwerten Rechte sind, vermag auch der Opferausgleich die Grundrechtsverletzung im eigentlichen nicht zu heilen. Wenn die Rechtswidrigkeit des Eingriffs festzustellen ist, greift der den Grundrechten immanente Abwehrgedanke ein.

Im Hinblick auf die Bindung des Staates an die Verwirklichung der Grundrechte würde jede andere Konstruktion den Gedanken des Art.1 GG unterlaufen. Die Gewährung einer Aufopferungsentschädigung unter Beibehaltung des fortwirkenden rechtswidrigen Eingriffs

---

1) BGH NJW 1973, S.1322 (1324) unter Hinweis auf die früheren Entscheidungen BGHZ Bd.45, S.290 (295) = NJW 1966, S.1859; BGHZ Bd.28, S.297 (301) = NJW 1959, S.334; BGHZ Bd.22, S. 43 (48) = NJW 1957, S.21; BGHZ Bd.20, S.61 (69) = NJW 1956, S.629; vgl. ferner BENDER, Staatshaftungsrecht Rdn.44 und 350

2) RUPP, Privateigentum, S.16 FN 27

würde den Staat aber von dieser Bindung freisprechen. [1] Wenn also ein Eingriff rechtswidrig ist und fortdauert, so kommt ein Aufopferungsanspruch nur zur Abgeltung der bisher entstandenen Schäden in Betracht, nicht aber für die Zukunft.

dd) Subsidiarität des Sonderopferausgleichs

Gleichwohl könnte es sein, daß der Betroffene unter Hinnahme des Eingriffs, auch soweit er noch fortdauert, berechtigt wäre, hierfür eine Entschädigung zu verlangen.[2]

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt aber nur dann ein Sonderopfer vor, wenn der Betroffene den hoheitlichen Eingriff im Interesse der Allgemeinheit und im Gegensatz zu anderen, die sich in der gleichen Lage befinden, hinnehmen muß, ohne sich ihm entziehen zu können. [3] Das Opfer muß für den Betroffenen also unabwendbar sein. Das bedeutet einerseits, daß er vergleichbar zu § 839 BGB alle Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft haben muß und beweist andererseits insoweit die Subsidiarität der Entschädigung zur Beseitigung des Eingriffs selbst.[4] Im immateriellen Rechts-

---

1) etwas anderes kann nur für rechtmäßige Verpflichtungen im Rahmen des Art.12 Abs.3 GG gelten; vgl. zu den Nothilfeleistungen: BARKHAU, Entschädigungspflichten passim; vgl. BVerfGE Bd.13, S.167 (170); und Anm. oben sub II 1 b

2) Die Motivation könnte darin zu finden sein, daß der Betroffene die Rechtsbeeinträchtigung hinnimmt, um liquidieren zu können.

3) BGH NJW 1973, S.1322 (1323); BGH NJW 1970, S.1230; BGHZ Bd.45, S.58, 76, 77 = NJW 1966, S.1021; BGHZ Bd.36, S.379 (388) = NJW 1962, S.1500 = BGHZ Bd.25, S.238 (240) = NJW 1957, S.1923; BGHZ Bd.20, S.61 (64) = NJW 1956, S.629; BGHZ Bd.13, S.88 (92) = NJW 1954, S.993; BGHZ Bd.9, S.83 (88, 90) = NJW 1953, S.857

4) vgl. hierzu auch das Planfeststellungsverfahren bei Wasserlaufänderungen. Sind enteignende Folgen bereits im Feststellungsverfahren für den Betroffenen erkennbar, so muß er sie zu diesem Zeitpunkt geltend machen, um sie bei tatsächlichem Eintritt auch liquidieren zu können.

güterbereich bedeutet das, daß der Betroffene alles ihm Zumutbare getan haben muß, um einen Eingriff abzuwehren. Insoweit hilft ihm eine Zustimmung (fingiert oder tatsächlich) nicht weiter.

e) Ergebnis

Damit ergibt sich aber folgendes Resultat. Da die immateriellen Rechtspositionen nach der Wertordnung keine geldwerten Rechtspositionen sind, vermag der finanzielle Ausgleich zwar die Rechtsverletzung als nicht so eklatant erscheinen zu lassen, gleichwohl scheitert die Abforderung von Einbußen an Grundrechtspositionen an deren Abwehrfunktion. Eine Art Junktimklausel ist weder aus dem Charakter der Grundrechte noch aus dem Vergleich mit Regelungen zu rechtfertigen, die sich auf die Entschädigung rechtswidriger Beeinträchtigungen beziehen. Dem entspricht, daß sich der betroffene Private auf die Liquidation von Eingriffsfolgen weder verweisen lassen noch freiwillig auf diese warten kann.

3. Die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgeleitete Ausgleichspflicht

Im Rahmen des Grundrechtskataloges sind zunächst abschließend die am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierten Versuche darzustellen, daraus eine Ausgleichspflicht des Staates für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private abzuleiten.

a) Die Relativierung des Eingriffs durch Ausgleichszahlungen

Hierzu bedarf es nicht des Eingehens darauf, welches Grundrecht im einzelnen berührt sein könnte. Auch wenn Art.2 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfreiheit [1], der Wirtschafts- und Vertragsfreiheit [2] oder der Dispositionsfreiheit [3] als subsidiäres Grundrecht [4] für einschlägig gehalten wird, so ergeben sich daraus keine besonderen Probleme. Auch die dort vorgesehene Einschränkungsmöglichkeit "im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung" unterliegt wie jede andere Grundrechtseinschränkung

---

1) BVerwGE Bd. 3o, S. 191 (198); Bd. 6. S. 134 ; BVerwG JZ 1964, S. 452; BGHZ Bd. 23, S. 365; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art. 2 Rdn. 48; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, GG Art. 12 Rdn. 3; RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdn. 144

2) BVerfGE Bd. 8, S. 328; Bd. 9. S. 11; Bd. 1o, S. 99; Bd. 12, S. 341 (347); IPSEN, AÖR Bd. 9o, S. 43o, 431 ; RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 144

3) OSSENBÜHL, VVDStRL Bd. 29, S. 178 ff

4) BVerfGE Bd. 13, S. 296; Bd. 21, S. 234, Bd. 22, S. 114 (12o); Bd. 25, S. 88 (1o1); Bd. 23, S. 5o (55 f); Bd. 19, S. 2o6 (225); MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art. 2 I GG, Rdn. 6

den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips.[1] IPSEN [2] meint, aus der Zweck-Mittel-Relation ergebe sich das Gebot zu lediglich entgeltlicher Überbürdung von Leistungsaufgaben auf Private. Ansatzpunkt hierfür sei die in Art.2 Abs.1 GG vorgesehene Grundrechtseinschränkung "im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung". Darunter falle nicht jede gesetzliche Einschränkung, sondern nur die, die u.a. den Anforderungen des Gemeinwohls - Bedingtheit, Erforderlichkeit, Proportionalität und Subsidiarität - genügen. Im Rahmen des Erfordernisses geringstmöglicher Eingriff sei auf die Zweck-Mittel-Relation abzustellen, also auf die Beziehung zwischen der wahrzunehmenden Aufgabe und dem einzuschränkenden Individualrecht. Die Einschränkung sei aber dann geringer, weniger intensiv, wenn hierfür ein Ausgleich in Geld gewährt wird. M.a.W., ein Eingriff sei ohne Kompensation nicht erforderlich.

---

1) NIPPERDEY, Grundrechte, Bd.IV, S.813-815;
RINCK, Wirtschaftsrecht Rdn.146;
MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.2 I GG, Rdn.18, 24;
IPSEN, AÖR Bd.90, S.431; im Ergebnis auch
BVerfGE Bd.6, S.32 (37); insbesondere BVerfGE
Bd.17, S.306 (313f); Bd.20, S.150 (159);
eine Übersicht verschafft ferner:
BVerfGE Bd.16, S.194 (201/202) und S.147 (172f);
Bd.19, S.342 (348); Bd.20, S.162 (186f); Bd.23,
S.127 (133f); BVerwG DVBl 1966, S.694 (696);
NJW 1967, S.1145 und S.1192 = DVBl 1967, S.778;
BGH NJW 1967, S.1662; vgl. auch BGHSt NJW 1964,
S.1144 (1147)

2) AÖR Bd.90 (1965), S.434ff

b) Die Unentgeltlichkeit in der Zweck-Mittel-Relation

MARTENS [1] nimmt die These von IPSEN auf und will die Zweck-Mittel-Relation auf die Unentgeltlichkeit als solche ausdehnen. Damit führt das Unentgeltlichkeitssystem eine eigenständige Rolle als "Mittel". Für HAAS [2] ist dies eine Frage der Zumutbarkeit. Maßstab sei der Durchschnitt der Lasten und Mittel. Eine Last wäre aber dann nicht unzumutbar, wenn dafür Entschädigung gewährt würde.
OSSENBÜHL [3] hat sich gegen die von IPSEN vertretene Auffassung ausgesprochen und weist darauf hin, daß mit dieser Begründung jedes staatliche Handeln erfaßt werden könnte. [4] Jeder staatliche Eingriff wäre im Ergebnis also nur gegen Entgelt möglich.
Allerdings ist gegen OSSENBÜHL anzumerken, daß der als Störer in Anspruch genommene Private nicht Träger von Verwaltungsaufgaben wird.[5] Die Auferlegung von Pflichten trifft diesen im ureigensten Bereich, sich sozialadäquat zu verhalten. Beschränkt sich der Staat auf präventive Kontrolle oder korrigierende Eingriffe im Einzelfall (= seine Verwaltungsaufgabe), kommen Ausgleichsleistungen gar nicht erst in Betracht, da der einzelne in die ihm gesetzten Grenzen zurückverwiesen wird. Die staatliche Finanzierung privater Aufgaben wäre ein Widerspruch in sich, da ihm eine Identifikation verwehrt ist.

---

1) VVDStRL Bd. 3o (1972), S. 1 (19); vgl. DERS., Öffentliche, S. 189 ff m.w.N.

2) System, S. 25

3) VVDStRL Bd. 29 (1971) S. 181

4) kritisch ebenfalls: HEINZE, Verteilung, S. 1oo; LANGE, DVBl 1971, S. 779

5) vgl. dazu als Gegensatz die einschlägigen ordnungsbehördlichen Ausgleichsregelungen für die Inanspruchnahme von Nichtstörern; zu Ansprüchen des Nothelfers gemäß § 539 Abs. 1 RVO: BENDER, Staatshaftung S. 16 f

c) Stellungnahme

Unabhängig davon, ob nun das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art.19 Abs.2 GG allein [1] oder in Verbindung mit Art.1 GG [2] anzusiedeln ist oder aus der dirigierenden Verfassung [3], aus dem Rechtsstaatsprinzip [4], aus Art.3 GG [5] oder aus Art.2 Abs.1 GG [6] abgeleitet wird, kommt es in jedem Fall darauf an, daß das Mittel zur Zweckerreichung in einem inneren Zusammenhang steht. Das Pflichtenausmaß des Privaten muß also erforderlich sein [7], um die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgabe zu garantieren. Erforderlich ist ein Mittel aber auch dann nicht, wenn derselbe Erfolg auch durch einen weniger schweren Eingriff erzielt werden kann.[8] Wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt, geht es darum, durch Güterabwägung zu ermitteln, ob das verfolgte öffentliche Interesse generell und nach Gestaltung des Einzelfalls den Vorrang verdient, ob der beabsichtigte Eingriff in die

---

1) BGHSt Bd.4, S.375 (376), S.385 (392); BGH DÖV 1955, S.729; weitere Nachweise bei LERCHE, Übermaß, S.34ff; vgl. GENTZ, NJW 1968, S.1600 (1602)

2) DÜRIG, AöR Bd.81, S.117

3) LERCHE, Übermaß, S.61ff

4) BVerfGE Bd.19, S.342 (348) seit BVerfGE Bd.6, S.389 (439); Bd.9, S.167 (170); Bd.10, S.89 (116); Bd.10, S.354 (363); stdge Rspr. vgl. auch Bd.21, S.378 (388) = NJW 1967, S.1651 (1653) m.Anm. RUPP; Bd.22, S.114 (124) u. 180 (219f)

5) dazu LANGE, Verw 1970, S.259 ff; vgl. auch HAAS, System S.24

6) HAAS, System, S.23

7) zur Erforderlichkeit auch Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 30 II b 1; BVerfG DVBl 1967, S.777; DVBl 1969, S.794

8) BVerfGE Bd.7, S.377 (405ff) und nachfolgende Entscheidungen; siehe Nachweise bei GENTZ, NJW 1968, S.1603 FN 33; und LERCHE, Übermaß, S.19ff; 162ff

Privatsphäre nach Art und Reichweite durch dieses Interesse gefordert wird und in angemessenem Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. [1]
Die von IPSEN vertretene These könnte also nur dann Bestand haben, wenn innerhalb des Merkmals "Mittel" Eingriff und Ausgleichsleistung subtraktionsfähige Größen wären, so daß letztlich nur das Ergebnis, also der um die Ausgleichszahlung verminderte Eingriff in Relation zum Zweck zu setzen wäre. Dies setzt voraus, daß es sich überhaupt um vergleichbare Größen handelt, daß das betroffene Rechtsgut in Geld ausdrückbar ist. Wie aber bereits oben festzustellen war, handelt es sich bei immateriellen Rechtsgütern eben nicht um geldwerte Rechte. [2]
Wenn es sich aber bei der Beeinträchtigung nichtvermögenswerter Rechtsgüter einerseits und bei Ausgleichsleistungen andererseits um verschiedene Dimensionen handelt, so kann letztere den Eingriff selbst nicht relativieren.
Die von MARTENS darüber hinaus geforderte Abwägung zwischen dem Zweck und der unentgeltlichen Verwirklichung knüpft thematisch an die oben angestellten Überlegungen an, ob das Unentgeltlichkeitssystem als solches gerechtfertigt ist. Ansonsten würde der Eingriff einen auf Entgelt gerichteten Anspruch voraussetzen, den es hier erst nachzuweisen gilt.

---

1) BVerfG Urt. v. 5.6.73 = NJW 1973, S. 1226 (1228); unter Hinweis auf BVerfGE Bd. 27, S. 344 (353 f); BVerfGE Bd. 32, S. 373 (381)

2) Bei vermögenswerten Rechten stellt sich diese Frage naturgemäß nicht, da die prinzipielle Abgrenzung zwischen zu entschädigender Enteigung und entschädigungsloser Sozialbindung von Art. 14 GG vorausgesetzt wird.

III. Der Gleichheitssatz als anspruchsbegründendes Moment

Nach der Untersuchung des Gleichheitssatzes in seiner Ausformung als Lasten- bzw. Opfergleichheitssatz ist im folgenden der Frage nachzugehen, ob Art.3 Abs.1 GG i.V.m. Einzelregelungen oder Grundrechten geeignet ist, dem Privaten Ansprüche auf staatliche Finanzierung ihm übertragener Verwaltungsaufgaben zu verschaffen.

1. Subventionen als Entgelt für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben

Zunächst bietet sich eine Überprüfung der in Literatur und Rechtsprechung zum Subventionswesen entwickelten Gedanken an. Thematischer Anknüpfungspunkt ist die in der Rechtspraxis häufig zu beobachtende gleichzeitige Förderung der von der öffentlichen Hand erfüllten Aufgaben und Subventionierung der zumindest materiell gleichen, privaten Aufgabenwahrnehmung. Besondere Aufmerksamkeit kommt der Frage zu, ob und, wenn ja, inwieweit Private über Art.3 Abs.1 GG auch dann an finanziellen staatlichen Zuwendungen teilhaben, wenn die einschlägigen Gesetze nur juristische Personen des öffentlichen Rechts begünstigen. In diesem Rahmen werden hinsichtlich Aufgabenqualität und Organisationsform die Vergleichs- bzw. Differenzierungsmöglichkeiten herauszukristallisieren sein.

a) Übersicht über Subventionsansprüche

Schon ein kurzer Überblick über die einschlägigen Gesetze, Rechtsverordnungen etc. im Subventionswesen bietet ein vielfältiges Bild finanzieller staatlicher Einflußnahme auf die Verwirklichung öffentlicher Zwecke.[1)]

1) Vgl. hierzu die Übersicht für das Land Nordrhein-Westfalen bei: KRANE-SAUER, aaO S.53ff; und aus der Literatur die Nachweise etwa bei: SCHETTING, aaO S.XIII-XX und dort im Text

aa) Ausgewählte unterverfassungsrechtliche Normen

Zahlreiche unterverfassungsrechtliche Regelungen sehen die ausschließliche Förderung gemeindlicher Betätigung [1], andere die Subventionierung materiell gleichgerichteter privater Initiative [2] vor. Zum Teil sind unterschiedslos für Gemeinden und private Träger hinsichtlich der gleichen Zielsetzung finanzielle Zuwendungen vorgesehen. [3]
Die Parallelität in der Finanzierung staatlicher Daseinsvorsorge und Subventionierung materiell gleicher privater Tätigkeit kommt bei der Krankenhaus-

---

1) siehe etwa das Schulfinanzgesetz NW vom 3.6.1958 (GVNW S.246) in der Fassung vom 17.4.1970 (GVBl NW S.262)

2) so Ersatzschulfinanzgesetz Nordrhein-Westfalen vom 27.6.1961 (VBl NW S.230) i.d.F. vom 7.4.1970 (GVBl NW S.262); vgl. ferner § 17 Privatschulgesetz BaWü. i.d.F. vom 14.5.1968 (GBl.BaWü. S.223); auch die Zuwendungen für private Fachschulen und Fachhochschulen im Landeshaushaltsplan NW, Kap. 0679 Tit. 685

3) so im Kindergartengesetz NW vom 21.12.1971 (GVBl NW S.534); dazu MOMBAUR-SIEBENMORGEN, aaO § 1 Anm.4; allgemein zur Förderung von Baumaßnahmen freier, gemeinnütziger und kommunaler sozialer Einrichtungen, näheres dazu bei: KRANE/SAUER, aaO S.88-91; Krankenhausfinanzierungsgesetz vom 29.6.1972 (BGBl I, S.1009); vgl. ferner den Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen und der Steuervergünstigungen für die Jahre 1969-1972 gemäß § 12 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (StWG) vom 8.Juni 1967, Subventionsbericht vom 23.12.1971, BT Drucks. VI/2994, insbes. S.224ff zur Steuerbefreiung für soziale und kulturelle Einrichtungen; dazu insgesamt STERN/MÜNCH/HANSMEYER, aaO § 12 II; außerdem die Förderungen nach dem Landesjugendgesetz NW, Übersicht bei KRANE/SAUER, aaO S.78; und die Zuschüsse zum Bau oder Ausbau von Verkehrswegen der nicht bundeseigenen Eisenbahnen nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz vom 18.3.1971 (BGBl I, S.239)

finanzierung [1] darin zum Ausdruck, daß unabhängig von der Organisationsform des Rechtsträgers [2] die Förderung kommunaler und privater Krankenhäuser an die gleichen Voraussetzungen [3] anknüpft, bzw. die gleichen Auflagen und Bedingungen [4] vorsieht. Die Motivation hierfür wird durch den Hinweis des Subventionsgebers auf soziale Erwägungen [5], die Erfüllung im allgemeinen Interesse liegender Aufgaben durch die durchweg finanzschwachen Unternehmer [6] grob skizziert.

Darüber hinaus sind materiell-gesetzlich nicht abgesicherte Förderungen in den einzelnen (formellen) Haushaltsgesetzen [7] ausgewiesen [8].

Ergibt sich nicht schon aus der Interpretation dieser gesetzlichen Grundlage durch Beiziehen der

---

1) Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29.6.1972 (BGBl I, S.1009)

2) Gem. § 3 Ziff. 1-4 KHG sind allerdings die Krankenhäuser von der Förderung ausgeschlossen, für die Landesmittel nicht eingesetzt werden können und die nur einem beschränkten Benutzerkreis offenstehen; vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf bei: HARSDORF/FRIEDRICh, aaO S.74, und ADAM/STIEFEL, aaO § 3 Anm. A und B

3) vgl. § 8 KHG, Förderungsvoraussetzung ist die Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan, im übrigen soll die Initiative den Krankenhausträgern überlassen bleiben; vgl. auch die Materialien in: Gesundheitspolitik I, Zur Sache 4/71, S.57ff, 61f, 83f u. 85

4) vgl. § 14 KGH

5) so schon im Bericht der Bundesregierung vom 23.11.1971, BT Drucks. VI/2994, S.225 und S.227

6) vgl. dazu die Begründung zum Regierungsentwurf bei ADAM/STIEFEL, aaO § 1 B und HARSDORF/FRIEDRICH, aaO S.68ff

7) vgl. etwa die Förderungszuschüsse im Rahmen des Landesjugendplans

8) nach h.M. genügt die haushaltsrechtliche Bereitstellung, vgl. dazu BVerwGE Bd.6, S.282; Bd.18, S.353 (Honnef); BVerfGE Bd.20, S.56, 91 (Parteienfinanzierung); IPSEN, VVDStRL Bd.25 (1967), S.257 (291) in ausdrücklicher Abänderung seiner früheren Ansicht; RINCK, aaO Rdnr.310 m.w.N.; zu Zuständigkeitsverteilung und Haushaltsplan als allgemeiner Grundlage: vgl. RÜFNER, aaO, S.220, 230; zum Streitstand noch in den 50er Jahren vgl. CRONAU, aaO, S.86ff

Materialien [1], wer im einzelnen Empfänger sein soll [2], so steht der Verwaltung diesbezüglich ein besonders weiter Ermessensspielraum zur Verfügung. Gleichwohl ist sie aber durch dauernde Verwaltungsübung selbst gebunden [3].
Zweifelhaft ist, ob bloße Verwaltungsvorschriften [4] als solche genügen [5], soweit diese innerdienstlichen generellen Richtlinien nicht Außenwirkung erlangen [6] bzw. tatsächliche Verwaltungsübung widerspiegeln [7].

bb) Versuche grundrechtlicher Absicherung

Unter den Voraussetzungen des Art.3 Abs.1 GG wird als Rechtsfolge die Einbeziehung der vom Gesetz oder von der Verwaltung nicht Berücksichtigten in den Kreis der Subventionsempfänger gefordert [8].

---

1) so MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd.58 (1967), S.284 ff; zur Verknüpfung von Haushaltsplan und Haushaltsgesetz vgl. GÖTZ, aaO, S. 398 ff, ferner CRONAU, aaO S. 9o ff

2) Das hatte das OVG Berlin (Urt. v. 8.6.1966), DVBl 1967, S.92 in seiner Entscheidung zur Subventionierung der Volksbühnen versäumt nachzuprüfen.

3) so RINCK, aaO Rdnr. 315; GÖTZ, aaO S.279; vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1969, S. 396

4) so aber SCHETTING, aaO S.293; ein Beispiel hierfür wäre etwa die Förderung sozialer Einrichtungen im Rahmen des Runderlasses des Arbeits- und Sozialministers vom 1.4.1957 (SMBl NW 217o) i.d.F. vom 31.1.1971

5) vgl. zu den Bedenken dagegen: MENGER, HRR VWR C 1, S.1 ff mit zahlr.weit.Nachw.; im übrigen zu diesem Problem SCHETTING, aaO S.293; GÖTZ, aaO S.36 ff und ZACHER, VVDStRL Bd.25 (1967), S.314 FN 24, S.358 FN 246 und S. 361 FN 259

6) so BVerwGE Bd. 2, S.163 (166); vgl. ferner zur publizierten Verwaltungsanweisung: IPSEN, VVDsTRL Bd. 25 (1967), S. 296

7) vgl. GÖTZ, aaO S. 37 zur Interdependenz von Verwaltungsübung und Verwaltungsvorschrift

8) vgl. Nachw. bei: ZACHER, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 3o8 ff, S. 363 ff und nachfolgend; insbes. BVerfGE Bd. 6, S. 273 und unten unter c)

Dieser als Gebot gleicher Teilhabe an staatlichen Leistungen [1] verstandene Gleichheitssatz hat ebenfalls in die Diskussion um die Subventionierung von Privatschulen Eingang gefunden [2]. Der Staat sei schon deshalb zur Subventionierung privater Schulen [3], zumindest aber staatlich anerkannter Ersatzschulen [4] verpflichtet, weil die Unterhaltung von Schulen eine herkömmliche staatliche Aufgabe [5], die privaten Leistungen auf diesem Sektor Erfüllung öffentlicher Aufgaben seien [6], der Staat dadurch eigene Aufwendungen erspare [7].
Wenn hierfür auch nicht die Grundsätze des Auftragsrechts [8] anzuwenden sind [9], so gebiete doch die

---

1) HENZE, aaO S. 1oo; EPPE, aaO S. 124 f
2) vgl. insgesamt: DPPERMANN, aaO S.245; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art.7 Rdnr.86 ff; KLOEPPER, aaO S.8 ff; ferner: BARION, DÖV 1967, S.516; EVERS, VVDStRL Bd.23 (1965), S.147 (194); ebenda: FÜSS, S. 199 (221); QUARITSCH, Der Staat Bd. 5 (1966), S.451 ff; (469); WERNER, NJW 1966, S. 198 f; insbes.: MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd.59 (1968), S. 377 und Bd. 59 (1966), S.274; weit.umfangr.Nachw. bei: von CAMPENHAUSEN, aaO S. 72 ff
3) Die Ergänzungsschulen sind als staatlich nicht anerkannte Schulen durdhweg auch in den Landesgesetzen nicht angesprochen, die eine Ersatzschulfinanzierung vorsehen. Vgl. dazu oben S. 57 FN 2; zum Meinungsstand vgl. nachfolgende Nachw.
4) so auch BVerwGE Bd.23, S.347 und Bd.27 S. 36o; dazu kritisch: MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd. 58 (1967), S. 375 ff
5) vgl. dazu § 1 Abs. 2 Ziff. 12 pr.ALR; HECKEL-SEIPP, aaO S. 16 ff; zum Primat der Staatsschule vgl. WEBER, JZ 1968, S.779 (783); dazu auch SCHLAICH, aaO S. 97 f
6) vgl. BVerwGE Bd.23, S.347; siehe GAUSE, Diss. S.114; ähnlich auch zur Rundfunkfinanzierung: STERN-BETHGE, Finanzierung, S.38 ff mit weit.Nachw. DIESELBEN, Rundfunk, S.1o8 f; vgl. zum Rundfunk: unter sozial-gesellschaftsbezogenen Aspekten: BVerwG, Gewerbearchiv 1972, S.163 (164); MAUNZ, BayVBl 1972 S.169 ff; ferner BVerfG BayVBl 1971, S.343; zu einer Ähnlichkeit mit der Recntsstellung des Beliehenen im Rahmen übertragener öffentlich-rechtlicher Funktionen vgl. BVerwGE Bd. 17, S. 41 (42); dazu aber MENGER, VerwArch Bd.53 (1962),S.28o
7) Vgl. BVerwGE Bd.12, S.348; Bd.23, S.347 (35o); dagegen: VOGEL, DÖV 1967, S.17 (19); FRIAUF, DVBl 1971, S. 679
8) dazu HOEPFFNER, aaO S. 147 ff u. S. 156 f m.w.N.
9) tendenziell so: BVerwG DVBl 1966, S.868 (869); mit kritischer Stellungnahme von: MENGER und ERICHSEN,

Chancengleichheit [1] im Verhältnis zu öffentlichen Schulen finanzielle Förderungen zur Erreichung gleicher Attraktivität.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer späteren Entscheidung [2] unter dem Gesichtspunkt der Sozialstaatlichkeit die Subventionsansprüche der Ersatzschulträger bestätigt [3]; der Staat habe die Effektivität der Grundrechte zu gewährleisten [4].

Diese Problematik, ob die Grundrechte nur Abwehrrechte, Teilhaberechte oder gar unmittelbar wirkende positive Leistungsrechte sind, wurde letztens vom Bundesverfassungsgericht im "numerus clausus"-Urteil [5] angesprochen [6]. Dem ist aber nicht weiter nachzugehen, da die Uminterpretation der Grundrechte aufgrund des an den Staat adressierten Sozialgestaltungsauftrags hinsichtlich seines theoretischen Ansatzes nicht auf die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben rekurriert. Diese implizieren unabhängig von der Organisationsform desjenigen, der sie erfüllt,

---

VerwArch, Bd.59 (1968), S.275; vgl. auch BGH, DVBl 1968, S.250

1) so BVerwGE Bd.23, S.347 (350); dagegen: BARION, DÖV 1967, S.517; MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd.57 (1966), S.378; neuestens zur Chancengleichheit BVerwG DÖV 1973, S.317

2) BVerwGE Bd.27, S.360 (362)

3) im Ansatz ähnlich: VOGEL, DÖV 1967, S.17ff, 19

4) ebenso: HERING, DÖV 1968, S.101, aber aus Art.7 Abs.4 GG i.V.m. Art.3 Abs.1 GG; vgl. ferner: VOGEL, DÖV 1967, S.17 (19), der eine richterliche Ersetzungsbefugnis ablehnt, aber die Länder zur gesetzlichen Regelung verpflichtet erachtet; gegen die Argumentation aus Art.20 GG: MENGER und ERICHSEN, VerwArch, Bd.59 (1968), S.276, weil historisch eine solche Umdeutung der Grundrechte nicht haltbar ist

5) BVerfGE Bd.33, S.303ff

6) dazu insgesamt die Ausführungen bei: von MUTIUS, VerwArch Bd.64 (1973), S.183ff mit umfangr.Nachw.

Rechte und Pflichten des Staates. Dafür ist aber Grundrechtsschutz nicht zu erlangen.[1] Doch wird auf etwaige Verwaltungsaufgaben anerkannter Ersatzschulen (etwa Zeugniserteilung, Prüfungsabnahme etc.) im folgenden noch zurückzukommen sein.

b) Motivationen für die Subventionsgewährung

Soweit ein Subventionsanspruch nicht in Einzelregelungen ausgestaltet ist, ist allenfalls die Einbeziehung in den Empfängerkreis über Art.3 Abs.1 GG denkbar.

aa) Subventionsbegriff

Angesichts des herrschenden Begriffswirrwarrs [2] ist die Verwendung des Subventionsbegriffs in einer vergleichenden Betrachtung der Finanzierung in öffentlicher bzw. privater Hand geführter Verwaltungsaufgaben nur beschränkt möglich. Abgesehen von den Unklarheiten darüber, ob nur Zuwendungen an wirtschaftliche Unternehmen [3] oder auch Zuweisungen an nichtproduzierende Organisationen und einzelne Private auf kulturellem und sozialem Sektor als Subventionen zu gelten haben [4], inwieweit hierzu steuerliche Vergünstigungen gehören [5], ist die begriffliche Unterscheidung nach dem Empfänger, dem

---

1) dazu, daß es auf die Rechtsform nicht ankommt, soweit es sich um Staatsverwaltung handelt: BVerfGE Bd.21, S.362ff = DÖV 1967, S.560; widersprüchlich ist die Formulierung, daß die Rundfunkanstalten öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, so: BVerfGE Bd.31, S.314ff = BayVBl 1971, S.343ff; ähnlich schon: BVerfGE Bd.12, S.205ff

2) vgl. die umfassende Zusammenstellung der divergierenden Definitionen bei: HAAS, aaO S.49f

3) so HENZE, aaO S.30; IPSEN, Subventionen, S.7; STERN, JZ 1960, S.519; dagegen SCHLOTKE, aaO S.5

4) so: ZULEEG, aaO S.14; vgl. auch OVG Lüneburg, DÖV 1969, S.396

5) vgl. HAMANN, DVBl 1963, S.493 FN 63; dagegen ZULEEG, Subventionen, S.16

Privaten einerseits und dem Privatunternehmen in öffentlicher Hand oder gar den juristischen Personen des öffentlichen Rechts [1] andererseits, zweifelhaft.

Hans J. WOLFF [2] verwendet den Subventionsbegriff nur bei Privaten bzw. bei Unternehmen in Privatrechtsform [3]; es handele sich um Zuwendungen eines vermögenswerten Vorteils [4], die ein Träger öffentlicher Verwaltung privaten Unternehmen unmittelbar oder durch Dritte gewährt, um sie in Stand zu setzen, öffentlichen Bedürfnissen zu entsprechen [5]. Wenn auch die Motivation in der Erreichung eines bestimmten, im öffentlichen Interesse gelegenen Zwecks [6] zu sehen ist, kommt es doch auf eine marktmäßige Gegenleistung nicht an [7], ändert allerdings auch nichts an dem Subventionscharakter, da ja ein bestimmter Zweck erreicht werden soll [8]. Da es aber nicht um Austauschverhältnisse geht [9], handelt es

---

1) vgl. SCHLOTKE, aaO S.34, soweit ihnen das Recht zur Selbstverwaltung eingeräumt ist, für Einbeziehung

2) VwR Bd.3, § 154 I a 1

3) so auch: ZULEEG, Subventionen, S.14

4) ZULEEG, Subventionen, S.18; PÖTTGEN, aaO S.18: auch in Form des Einnahmeverzichts; vgl. dazu JANKNECHT, Diss. S.8 und KREUSSLER, aaO S.19

5) Hans J. WOLFF, VwR Bd.3 § 154 I a 1; vgl. ZACHER, VVDStRL Bd.25 (1967), S.308 (317); ebenso HAASE, aaO S.50; ferner EPPE, aaO S.72; zu verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Spezifizierungen GÖTZ, aaO S.18

6) BVerwG DÖV 1959, S.706; KREUSSLER, aaO S.15

7) RINCK, aaO Rdnr.306

8) Hans J. WOLFF, VwR Bd.3 § 154 I a 1; KOPP, DVBl 1970, S.726; vgl. ferner IPSEN, Subventionen, S.56; DERS., VVDStRL Bd.25 (1967), S.279 und 288; in Bezug auf den Primärzweck: HAASE, aaO S.51, 52; EPPE, aaO S.111ff; vgl. dagegen SCHLOTKE, aaO S.9

9) vgl. HEINZE, aaO S.75 m.w.N.

sich weniger um eine Gegenleistung als um einen im volkswirtschaftlichen Sinn quantifizierbaren Nutzen.[1)]

Insbesondere SCHETTING [2)] hat unter Hinweis auf zahlreiche Normen [3)] herausgestellt, daß es für die Anwendung des Subventionsbegriffs auf Zuschüsse, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Privaten in gleicher Weise gewährt werden, gute Gründe gibt. Die ersteren als Finanzzuweisungen zu kennzeichnen, rückt die Verwirklichung des Subventionszwecks auf ein rechtlich anders geordnetes Feld des Finanzausgleichsrechts [4)]. Dies würde zwangsläufig mit den Subventionsregelungen, zumindest soweit es sich um untergesetzliche Akte handelt, in Kollision geraten. Besondere oder zweckgebundene Finanzzuweisungen sind aber mit Subventionen zumindest dann identisch, wenn der Staat sowohl kommunale als auch private Einrichtungen in gleicher Weise in sein Förderungsprogramm aufgenommen hat. Im folgenden wird der Subventionsbegriff also weit aufgefaßt und bezieht überdies sämtliche vermögenswerten Zuwendungen ein wie etwa unmittelbare Finanzhilfen und Steuervergünstigungen, soweit diese nach Voraussetzung und Zielsetzung den ersteren gleichstehen [5)].

---

1) vgl. zu einer solchen cost-benefit-analysis etwa: KELM, Kommunalwirtschaft 1973, S.205; ferner: EICHHORN und FRIEDRICH, aaO S.75 zu den primären und sekundären Auswirkungen einer Wirtschaftsförderung; vgl. auch STOLBER, aaO S.30ff, insbes. S.91ff

2) SCHETTING aaO S.91

3) vgl. Nachw. ebenda

4) vgl. etwa Finanzausgleichsgesetz NW v. 24.1.1961 (DVBl NW S.124)

5) vgl. dazu auch HEINZE, aaO S.75; so auch neuerdings: BVerwG BayVBl 1973, S. 793 zur Herabsetzung der Schutzsteuer für Getreideimporte

bb) Förderung öffentlicher Zwecke und Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben

Wesentlich und allen Auffassungen gemeinsam ist, daß Subventionsgewährung die Förderung öffentlicher Zwecke impliziert.[1] Es mag naheliegen, diese als materiell öffentliche Aufgaben anzusehen [2], zweifelhaft ist aber die Tendenz, dem Subventionsempfänger die gleiche Rechtsstellung wie etwa einem für Verwaltungsaufgaben gesetzlich in Dienst genommenen Privaten zuzumessen [3].

(1) Liegt zwar die sachliche Affinität zu Verwaltungsaufgaben auf der Hand, so ergibt sich doch in Anbetracht der bei Subventionsleistungen z.T. divergierenden Primär- und Endzwecke [4] und in Anlehnung an die von IMBODEN [5] vorgeschlagenen Unterteilung nach aufgabenerfüllenden und aufgabenübertragenden Subventionen folgendes Bild:

Zu einer ersten Gruppe wird man diejenigen Subventionen zu zählen haben, bei denen der Zweck in der Unterstützung des Empfängers liegt, also final personengebundene Leistungen. Hierzu gehören sowohl Leistungen nach dem Ausbildungsförderungsgesetz [6], so-

---

1) siehe vorstehende Nachweise, ferner HEINZE, aaO S.77 m.w.N.

2) ausdrücklich EPPE, aaO S.72; vgl. SCHETTING, aaO S.20

3) so aber EPPE, aaO S.72 FN 87

4) vgl. RÜFNER, aaO S.206ff; SCHETTING, aaO S.8f

5) IMBODEN, Vertrag S.156ff; vgl. dagegen aber auch SCHLOTKE, aaO S.26, der in seiner Kritik über das eigentliche Anliegen von Imboden hinausgeht

6) dazu RÜFNER, VVDStRL Bd.28 (1970), S.187 (190f); vgl. dazu aber KREUSSLER, aaO S.22, der diese wegen in ihnen implizierter gesellschaftspolitischer Ziele nicht zu den Subventionen zählt; ferner SCHETTING, aaO S.17, der den Endzweck in der Bereitstellung eines Reservats an Ausgebildeten für akademische Berufe sieht

weit sie die Verwirklichung der Chancengleichheit [1] und damit der Gerechtigkeit zum Inhalt haben, als auch die Schaffung der finanziellen Voraussetzungen [2] dafür, daß der Bürger ihm zustehende Grundrechte ausüben kann [3]. Hier ist der Empfänger also selbst und unmittelbar das Ziel staatlicher Aktivitäten [4].

Eine zweite Gruppe bilden die Subventionen, bei denen die Leistung an den Empfänger zwar Primärzweck ist, jener aber erst motiviert werden soll, einen darüber hinausgehenden Endzweck zu verwirklichen. Dabei werden Aufgaben des Empfängers unterstützt, an denen ein öffentliches Interesse besteht.[5] Nach IMBODEN [6] gehören die vom Empfänger zu besorgenden Obliegenheiten, etwa der Lebensmittelversorgung, zum Bereich der Daseinsvorsorge. Damit ist der Emmpfänger eingeschaltet in die Ordnung des

---

1) hierzu und zur Unterscheidung von Sozialleistungen im Rahmen öffentlicher Fürsorge: von MUTIUS, VerwArch, Bd.64 (1973), S.325ff

2) dazu SCHLAICH, aaO S.252, der darauf hinweist, daß aus den Grundrechten kein genereller Anspruch ableitbar ist; vgl. auch Nachw. oben unter III, 1 a

3) vgl. zu den Subventionen als Erscheinungsform der Sozialstaatlichkeit: HEINZE, aaO S.75 FN 113; ferner IPSEN, VVDStRL Bd.25 (1967), S.263; GÖTZ aaO S.261; zu den Wechselbeziehungen zwischen Sozialleistungen und Freiheitssicherung vgl. HENKE, VVDStRL Bd.28 (1970), S.149 (180ff)

4) vgl. auch RÜFNER, aaO S.207

5) vgl. SCHLOTKE, aaO S.52; so die Subventionierung von Versorgungseinrichtungen wie z.B. Krankenhäuser und Schulen, Bereitstellung von Energie, Wasser etc., Sicherstellung der Lebensmittelversorgung, Subventionierung landwirtschaftlicher Erzeugnisse

6) Vertrag, S.156

gesellschaftlichen Miteinanders. Seine Aktivitäten werden in sozial nützlichen oder bedeutenden Fällen unterstützt. Er erfüllt unmittelbar öffentliche Aufgaben, z.B. in Fällen der Produktion, im Subventionswesen als sektorale Wirtschaftsförderung [1] bezeichnet, und in der Distribution von Gütern.

(2) Aus der staatlichen Zwecksetzung und deren privater Erfüllung folgert EPPE [2] die Gleichsetzung mit der Rechtsstellung des gesetzlich für Verwaltungsaufgaben Indienstgenommenen [3]. Ähnlichkeiten mit z.B. in die Subventionsvergabe eingeschalteten, beliehenen Kreditinstituten [4] ergeben sich in der Wissenschaftsförderung [5], soweit privatrechtlich organisierte Forschungseinrichtungen [6] im Hinblick auf Unterverteilungsfunktionen subventioniert werden [7].
Gleiche Probleme ergeben sich bei der in Art.7 Abs.4 GG institutionalisierten [8] Privatschule, die

---

1) BADURA, Wirtschaftsverfassung, S.135

2) aaO S.72 FN 87

3) vgl. aber auch Nachweise bei SCHLOTKE aaO S.50 zur Ähnlichkeit mit Beliehenen

4) dazu ZULEEG, aaO S.91; HENZE, aaO S.62; HUBER, WVwR Bd.2 S.236

5) Übersicht bei: OPPERMANN, aaO S.428ff

6) dazu OPPERMANN, aaO S.429ff, zur Deutschen Forschungsgemeinschaft, Max-Planck-Gesellschaft, außerdem: Fritz-Thyssen-Stiftung, Friedrich-Ebert-Stiftung als von privater Hand gegründete Einrichtungen

7) hierzu auch Hans J. WOLFF, VwR Bd.2 § 84 IV b 3

8) zur Institutsgarantie: H. WEBER, JZ 1968, S.779 (783)

zwar nicht Subventionsmittel unterverteilt, aber in Leistungen auf dem Bildungssektor umsetzt. [1] Beide sind im Gegensatz zu Beliehenen oder sonst in die Mittelvergabe eingeschaltete Institute selbst Subventionsempfänger.
Insbesondere die Finanzierungshilfen für Ersatzschulen würdigen deren besondere Bedeutung [2] in der Gesellschaft. Aber einer Deklaration als Verwaltungsaufgabe [3] steht entgegen, daß Art.7 Abs.4 GG der privaten Initiative in den Grenzen des Art. 7 Abs. 4 Satz 3 und 4 GG [4] freie Entfaltungsmöglichkeiten zusichert. [5] Diese institutionalisierte private Konkurrenz zu öffentlichen Schulen [6] anerkennt den Wert eigenverantwortlicher, privater Teilhabe an der Entwicklung von Bildungssystemen 7).

Dagegen tritt die Beleihung mit Entscheidungskompetenzen quantitativ weit hinter den Bildungsaufgaben zurück, spielt von daher als Motivation für die Subventionsvergabe keine Rolle.

---

1) Auf dieser Ebene liegt auch die Kritik von MAUNZ/DÜRIG/HERZOG aaO Art. 7 Rdnr., wonach nicht die Privatschulen, sondern aufgrund des Differenzierungsverbots in Art. 7 Abs. 4 GG die Schüler je nach ihren Besitzverhältnissen zu subventionieren sind.

2) die Gesellschaftsbezogenheit kennzeichnet die materiell öffentliche Aufgabe; vgl. VOGEL, DÖV 1967, S. 17 (18)

3) zur Subventionierung selbst als Verwaltungsaufgabe: STEINER, DÖV 197o, S. 526 (53o)

4) diese implizieren die erfolgsorientierte potentielle Gleichwertigkeit mit öffentlichen Schulen; vgl. MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd.57 (1966), S. 377 (378)

5) vgl. aus den Materialien JÖR Bd. 1, S. 111 ff

6) es besteht also kein absolutes Staatsmomopol; MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd. 57 (1966), S. 378 mw.N.

7) so auch SCHLAICH, aaO S. 99; VOGEL, DÖV 1967, S. 17 (19)

Parallelitäten in der Zwecksetzung lassen also nicht den Schluß auf staatliche Identifikation mit den geförderten privaten Aufgaben zu[1], zumal sich der Staat seinem Organisationszweck nach gar nicht mit Besonderheiten[2] identifizieren darf[3]. Allerdings partizipiert der Staat über Subventionen im Spannungsfeld von Identifikation zu Indifferenz und als Lenkungsmittel[4] an der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung Privater durch deren Miterledigung dem Staat gesetzter Zwecke.

(3) Gleichwohl kann es Sinn der Subventionsvergabe sein, dem Privaten die Erfüllung ihm übertragener Verwaltungsaufgaben zu ermöglichen. Diese Motivation wird im Bericht der Bundesregierung vom 23.12.1971[5] deutlich. Danach werden den öffentlichen Personennahverkehrsunternehmen Steuerbefreiungen[6] gewährt, um Tariferhöhungen bzw. direkte Finanzhilfen zu vermeiden, um die Auswirkungen des Kontrahierungszwangs, der Betriebs- und Tarifpflicht zu mildern. Diese finanziellen Hilfen weisen mehrere Bezüge auf. Im Sinne von OSSENBÜHL[7] können sie potentielle Grundrechtsverletzungen

---

1) vgl. SCHLAICH, aaO S.242; dazu auch STEINER DÖV 1970, S.526 (530)

2) etwa weltanschaulich gebundene Schulen

3) vgl. KRÜGER, aaO S.92 f., 160 f., 178 ff., 247 f., 350, 541, 762 f., 808; BÖCKENFÖRDE, VVDStRL Bd.28 (1970), S.33 (55); SCHLAICH, aaO S.238

4) vgl. BADURA, Wirtschaftsverfassung, S.134

5) BT-Drucks. VI/2994, S.190 ff

6) vgl. § 12 Abs.2 Nr.10 UStG; § 2 Nr.5 KraftStG; zu Steuerbefreiungen für sonstige Verkehrsunternehmen vgl. § 3a Ziff.1 und 2 VStG

7) im Sinne von OSSENBÜHL s. VVDStRL Bd.29 (1971), S.181 f.

durch vorgehende Abdeckung der Vermögensschäden verhindern.
Immer handelt es sich aber um freiwillige Zuschüsse, die insoweit in der Disposition des Gesetzgebers stehen.
Die Motivation für eine Subventionsvergabe kann also in dem staatlichen Interesse an der privaten Aufgabe und an der von Privaten wahrgenommenen Verwaltungsaufgabe begründet sein. Eine Verknüpfung einer Subventionsvergabe mit der Übertragung von Verwaltungsaufgaben kann nur dann vorliegen, wenn letzteres an Hand der oben dargelegten Kriterien feststellbar ist. Die Kennzeichnung als Subvention bleibt dennoch problematisch, da es sich in der Regel um Austauschverhältnisse handeln wird.

cc) Subventionierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Der Rechtspraxis der Subventionsvergabe an juristische Personen des öffentlichen Rechts wird ein besonderer Abschnitt gewidmet, um daraus Vergleichs- oder Differenzierungskriterien zur Subventionierung Privater zu gewinnen. Die Vielfalt innerstaatlicher Rechtsbeziehungen im Rahmen des föderalistischen Aufbaus der BRD, der Erfüllung von Staatszwecken in unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung des Bundes und der Länder, der Aufgabenwahrnehmung in eigener Regie und durch öffentliche Unternehmen lassen hier nur eine kursorische Darstellung zu.

(1) Ein erster Überblick über die Subventionszuweisungen an Gemeinden [1] zeigt, daß der Subventions-

1) vgl. Übersicht für Nordrhein-Westfalen bei KRANE/SAUER, aaO, S. 53 ff., und zur Gewährung von ERP-Krediten, ebenda, S. 266-269

zweck an vorgefundene Aufgaben im Rahmen des gemeindlichen Wirkungskreises anknüpft. Dies ist wenig überraschend, da ausgehend von der Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises[1], der Allzuständigkeit der Gemeinden[2] auf örtlicher Ebene, der generalklauselartigen Verankerung dieses Prinzips in den Landesverfassungen[3] selbst die Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden[4] öffentlichen Zwecken[5] folgen muß, im Sinne dieser Untersuchung zumindest partiell Verwaltungsaufgabe ist.[6] Jedoch geht der tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung die gemeindliche Entscheidung voraus, diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit für örtliche Angelegenheiten[7] auch aufnehmen zu wollen.[8]

---

1) so PAGENKOPF, Kommunalrecht, S.40 ff., 145; PETERS, S.312

2) BVerfGE Bd.1, S.178; Bd.6, S.117; Bd.7, S.364

3) vgl. Art.71 bw Verf.; Art.137 Abs.1 he Verf.; Art.44 Abs.3 nds Verf ; Art.49 Abs.1 rh.pf.Verf; Art.123 sa Verf; Art.39 sh Verf; ferner auch die im übergreifenden Rahmen einer Generalklausel erfolgende Aufgabendarstellung in Art.83 Abs.1 bay Verf.

4) einschlägig sind: §§ 85-91 bwGO; Art.75-81 bay GO; §§ 58-62 Verf Bremerhaven; §§ 98-104 he GO; §§ 89-97 nds GO; §§ 88-96 nw GO; §§ 80-88 rhpf. GO; §§ 83-91 sa GO; §§ 82-90 sh. GO

5) dazu Hans H.KLEIN, aaO, S.81 f. m.w.N.; ferner speziell zu den Versorgungsunternehmen RUFNER, aaO, S.142 ff, 146 ff; PETERS, aaO, S.312 ff

6) insbesondere wird der Charakter als Verwaltungsaufgabe auch nicht durch die Organisationsform beeinträchtigt. So Hans H.KLEIN, aaO, S.94 mit Darstellung des Gesamtproblems S.87 ff; vgl. VOGEL, aaO, S.211 ff; BERKEMANN, aaO, S.108 ff; aber auch EMMERICH, aaO, S.160; für Österreich vgl. NEUHOFER, aaO, S.71 f.

7) vgl. hierzu HEERING, Diss., S.55 ff.

8) zu dem gemeindlichen Ermessen hierbei: PAGENKOPF, Kommunalrecht, S.56

Erst mit der Decision über etwa die Monopolisierung örtlicher Versorgungseinrichtungen ist die Erklärung zur Verwaltungsaufgabe verbunden. Doch ist auch dann, so im Rahmen des Bildungswesens [1], problematisch, inwieweit die staatliche Schulaufsicht über die innere Schulordnung [2] bzw. das kommunale Selbstverwaltungsrecht über die äußeren Schulangelegenheiten [3] betroffen ist.
Von Subventionen kann nur dann die Rede sein, wenn die geförderte Tätigkeit außerhalb der unmittelbaren Verwaltungszuständigkeit des Subventionsgebers verwirklicht wird [4], da sonst Subventionsverhältnisse gar nicht erst entstehen können. Die Annahme von SCHLOTKE [5], nur mit dem Selbstverwaltungsrecht ausgestattete juristische Personen des öffentlichen Rechts könnten als Subventionsempfänger in Frage kommen, erscheint als zu eng. Sie erfaßt die Rechtspraxis der Subventionierung nur insoweit zutreffend, als die finanziellen Zuwendungen Stimulans für die tatsächliche Wahrnehmung kommunaler Selbstverwaltungsangelegenheiten ist [6].

---

1) zu den Konflikten hierbei vgl. MENGER und ERICHSEN VerwArch Bd.58 (1967), S.375 ff; BVerwGE Bd.23, S.351 = DÖV 1966, S.5o2; und SCHRÖER, DÖV 1967, S.2o f.; zum Verhältnis zwischen elterlichem und staatlichem Erziehungsrecht: OVG Berlin, JZ 1973, S.551 ff m. Anm. EVERS, JZ 1973, S. 555 f.

2) HECKEL DÖV 1952, S.617 (62o); v.MANGOLDT-KLEIN, GG, Art.7 Anm. III, 5; zu den zweckgebundenen Finanzzuweisungen vgl. HEIDORN, Diss., S.159 f. und GELLEN, Diss., S. 61 ff.

3) vgl. MANGOLDT-KLEIN, GG, Art. 7 Anm. III, 4

4) vgl. MÖLLER, a.a.O., S. 66

5) aaO, S. 34

6) vgl. GELLEN, Diss., S. 229 ff. m. w. Nachweisen

(2) Motiviert wird die Förderung bereits vorgegebener oder übertragener Aufgaben durch das staatliche Interesse an einer tatsächlichen oder überörtlichen Bedürfnissen entsprechenden Erfüllung. Dafür ist unerheblich, ob es sich um Selbstverwaltungsaufgaben handelt, zumal nicht die Selbstverwaltungskörperschaft als solche, sondern bestimmte Tätigkeiten gefördert werden.
Vergleichbar der Subventionierung Privater wird auch hier die Zuwendung oder Begünstigung als Steuerungsmittel angewandt. HENLE[1] weist auf gleiche Erscheinungen im Bund-Länder Verhältnis hin; so nimmt der Bund über zweckgebundene Zuschüsse und Beihilfen Einfluß auf Aufgaben, die vom Land selbst finanziert werden müßten.[2] Zwar ergibt sich vom sachlichen Bereich her eine Identität zwischen der Aufgabe des Subventionsempfängers und dem vom Subventionsgeber verfolgten Zweck, aber die Motivationen können schon deshalb differieren, weil Subventionen über den Primärzweck hinaus auf Verwirklichung von Endzwecken angelegt sind. Dies wird bei der Förderung etwa öffentlicher Personennahverkehrsunternehmen[3] durch den Bund nicht unmittelbar deutlich, ergibt sich aber aus der dem föderalistischen Prinzip folgenden Beschränkung des Bundes auf die ihm zugewiesene Verantwortung für übergebietliche Fragen[4].
Von dieser nur prinzipiellen Ausgangsbasis heben sich zwar die im Einzelfall differierenden Zuständigkeitsverteilungen nach dem Grundgesetz ab[5],

---

1) a.a.O., S.64

2) HENLE, aaO, S.66; zu der historischen Entwicklung: ebenda, S.71

3) vgl. Nachweise zu den vom Bund gewährten steuerlichen Vergünstigungen

4) vgl. HENLE, aaO, S.66

5) vgl. einerseits die historisch erklärbare Kulturhoheit der Länder, andererseits aber die Bundeszuständigkeit für Hochschulrahmengesetze.

doch zeigen sich Verflechtungen in dem zunehmenden Bereich der Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden.[1] Zwar sind für bestimmte Aufgaben ihrem sachlichen Gehalt nach verschiedene Körperschaften gleichzeitig zuständig[2], die Beteiligungsgründe bzw. Zielsetzungen sind aber für den Bund andere als für die Länder. Ergibt sich dies schon aus der Beschränkung auf Bundesangelegenheiten einerseits und aus dem Landesaufgabenbereich andererseits, so findet das auch seine Entsprechung im Finanzwesen.[3]
Der Beteiligung an Gemeinschaftsaufgaben entspricht in milderer Form die Einflußnahme des Bundes auf die Landesaufgaben über Subventionsauflagen und -bedingungen. Ein Ausschnitt für den Investitionssektor ist in Art.104 a Abs.4 GG an die Voraussetzung gebunden, daß es sich um gesamtwirtschaftliche bzw. das gesamte Bundesgebiet betreffende[4] Maßnahmen handelt. Im übrigen unterscheidet sich die Subventionierung von der Aufgabenbeteiligung dadurch, daß der Bund nicht unmittelbar selbst seine Zwecke mitverfolgt, sondern über die Erfüllung des von ihm gesetzten Subventionszwecks durch andere Körperschaften am Tätigkeitserfolg des Empfängers partizipiert.[5] Mithin kommt es auch nicht

---

1) dazu KÖLBLE, aaO, S.17 ff; zu den verfassungsrechtlichen Grenzen: F.KLEIN, aaO, S.125 ff.

2) zu durch Staatsvertrag geschaffene gemeinsame Einrichtungen vgl. F.KLEIN, aaO, S.155 ff

3) vgl. zum Finanzausgleich HECKT, Institut FSt Heft 103

4) Die Finanzhilfen zu Gunsten der Investitionstätigkeit in strukturschwachen Ländern müssen also aus bundesstaatlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein. Vgl. im übrigen MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art.104 a Rdnr.14 f.; Übersicht über einzelne Förderungen bei SEEGER, DÖV 1968, S.780 (786)

5) vgl. auch die kritischen Anmerkungen zur Finanzierungspraxis bei: SEEGER, DÖV 1968, S.781 ff. insbes. S.783; insgesamt auch: VOGEL/KIRCHHOF, BK, Art.104 a, E, 2, a = Rdnr.99 ff; HECKT, Institut FSt Heft 103, S.21

auf das Selbstverwaltungsrecht, sondern auf die rechtliche Selbständigkeit des Empfängers an.

(3) Die Beurteilung der Förderungsmotivation ist dann vermutlich schwieriger, wenn es sich um Verwendungen an öffentliche Einrichtungen [1] und Unternehmen [2] handelt, die vom Subventionsgeber selbst betrieben werden. Abgesehen von den oben dargelegten Fällen unterschiedsloser Subventionierung öffentlicher und privater Unternehmen kann es sich bei den ausschließlich an der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen orientierter Leistungen dem Rechtsgrund nach um die realisierte Finanzverantwortung des mit dem eigentlichen Aufgabenträger identischen "Subventions"-Gebers handeln.

Die privat- oder öffentlich-rechtliche Organisationsform läßt als solche keine geeignete Differenzierung zu. So nehmen z.B. die öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunkanstalten zwar Aufgaben der Gemeinschaft [3], also im soziologischen Sinn öffentliche aber nicht staatliche Aufgaben wahr [4]. Der Staat zeichnet allenfalls für die

---

1) vgl. R. SCHOLZ, aaO S.33

2) zum Begriff vgl. PÜTTNER, Unternehmen, S.42ff; insbesondere zu unternehmungsspezifischen Merkmalen (S.61) und dazu, daß es auf die mit der Unternehmenstätigkeit verbundenen öffentlichen Zwecke nur im Rahmen der Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen ankommt (S.61f FN 71 und S.200ff); das Schwergewicht auf den staatlichen Rechtsträger als signifikantes Merkmal legt: EMMERICH, aaO S.63

3) vgl. MAUNZ, BayVBl 1972, S.6 (7) zu den in der Staatsorganisation geführten staatsfremden Aufgaben

4) so auch STERN-BETHGE, Rundfunk, S.99; BADURA, Verwaltungsmonopol, S.182; OPPERMANN, aaO S.511 FN 281 jeweils mit weiteren Nachweisen auch für gegenteilige Ansichten; vgl. ferner BVerfGE Bd.12, S.205ff, aber auch BVerfG BayVBl 1971, S.343 (344); ferner T.G. SCHMIDT, NJW 1970, S.2026; OLG München, NJW 1970, S.1745

Verwirklichung der Rundfunkfreiheit verantwortlich, der er durch bestimmte organisatorische Absicherungen zu genügen versucht.[1] Da es sich dem sachlichen Inhalt nach um eine der Gesellschaft zustehende Aufgabe handelt, folgen auch finanzielle Begünstigungen nicht einer staatlichen Aufgaben- bzw. Finanzierungsverantwortung.[2]
Die Beurteilung wird weiter dadurch erschwert, daß die Kategorisierung als Subvention eine etwaige Finanzierungspflicht ihrem Ausmaß nach mindert, also faktisch mit dieser auf einer Stufe steht. Die Qualifizierung als Subvention ergibt sich aber aus der Freiwilligkeit der Leistungsvergabe einerseits; andererseits ist dafür symptomatisch, daß der Empfänger nicht zur Entgegennahme bzw. zum zweckadäquaten Verhalten gezwungen ist. Davon hebt sich die Leistung im Austauschverhältnis ab. Zu recht weist dementsprechend FROMM[3] darauf hin, daß die Leistungen gemäß § 28 a BbG nicht Subventionen sondern Ausgleich für die Auferlegung besonderer Lasten sind.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Motivation für die Gewährung finanzieller Begünstigungen an rechtlich partiell oder ganz verselbständigte Aufgabenträger wie bei der Subventionierung Privater in dem staatlichen Interesse an der subventionierten Tätigkeit und in der Partizipation am Tätigkeitserfolg liegen kann.

---

1) siehe dazu BVerfGE Bd.12, S.261; BADURA, Verwaltungsmonopol, S.182; OPPERMANN, aaO S.5o3 ff

2) vgl. aber zum Rundfunkfinanzausgleich im Rahmen staatsvertraglicher Regelungen: STERN-BETHGE, Rundfunk, S.28 f, S.1o9 ff; OPPERMANN, aaO S. 516 f.

3) DVBl 1971, S. 161 (164)

c) Chancengleichheit als Gebot zur Finanzierung staatlicher und privater Aufgabenerfüllung

Nach diesem kursorischen Überblick über die den Subventionen an Private ähnlichen Finanzzuweisungen bzw. Finanzhilfen soll im folgenden untersucht werden, ob Art. 3 GG Anhaltspunkte für die Ausweitung der Finanzzuweisungen auf die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private bietet. Ausgangspunkt ist das vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 3 Abs. 1 GG entwickelte Willkürverbot. [1]

aa) Das materielle Element der Gleichheitsprüfung

Danach ist eine Regelung daraufhin zu untersuchen, ob sich aus der Natur der Sache [2] oder sonstwie ein sachlich einleuchtender Grund [3] für eine Differenzierung ergibt. Es geht also darum, die Menschen in Hinblick auf Wesentliches gleich oder ungleich zu behandeln. [4] Größte Schwierigkeiten bereitet seit jeher die Frage, wann etwas "wesentlich" gleich oder ungleich ist. [5] Der vom Bundesverfassungsgericht geprägte Satz, dies müsse aus

---

1) vgl. BVerfGE Bd.1 S.52 u. 247; Bd. 4, S. 155; Bd.5, S.24; Bd.6, S.136; Bd.7, S. 315; Bd. 9, S.81; Bd.12, S.348; Bd.14, S.15o; Bd. 18 S. 46; Bd. 2o, S. 33; Bd. 21, S. 9 u. S. 227; ferner HENZE, Finanzhilfe S. 1o2 zur Differenzierung nach Aufgabe und Zweck

2) zur Natur der Sache in der rechtsphilosophischen Entwicklung: RADBRUCH, Natur S. 157 ff; COING, Grundzüge S. 265; vgl. ferner die Nachweise bei: KREUSSLER, Gleichheitssatz S. 48 f

3) zur sachl. Rechtfertigung etwa BVerfGE Bd. 23, S. 27

4) vgl. BVerfGE Bd. 1, S. 264 (275); Bd. 2, S. 118 (119 f); Bd. 3 S. 377 (38o); Bd. 4 S. 144 (155); Bd. 9, S. 3 (1o) u. S. 124 (129); Bd. 12, S. 241 (248); ferner HESSE, AöR Bd. 77, S. 173

5) zu diesem materialen Aspekt: BVerfGE Bd. 1, S. 14 (52); Bd. 3, S. 377 (38o); Bd. 4, S.144 (155); Bd. 9, S. 237 (244); Bd. 18, S. 38 (46) und S. 288 (298 f)

der "Natur der Sache" folgen [1], erscheint in seiner Verknüpfung mit überpositiven Werten und mit menschlicher Erkenntnisfähigkeit [2] als zu weitgehend. In der Tat neigt aber auch das Bundesverfassungsgericht dazu, letztlich nur nach "vernünftigen" Gründen [3] für eine Differenzierung zu fragen [4]. In der Erkenntnis, daß es sich dabei letztlich immer um Wertungsfragen handelt [5], setzt dies einen Befund an objektivierten Kriterien [6] voraus.

Da jede Subventionsregelung eine normative Verbindung zwischen Geber und Empfänger schafft, sind die den Empfängerkreis [7] konstituierenden Merkmale daraufhin zu untersuchen, ob sie den Ausschluß anderer als vertretbar [8] erscheinen lassen. Es geht also um die Austauschbarkeit einzelner Personen mit den in den Subventionsregelungen vorgesehenen Empfängern, ohne daß die ansonsten legitime Zielsetzung verfälscht wird. Die festzustellende zunehmende Tendenz zur Frage nach der Chancen-

---

1) so in BVerfGE Bd.2, S.237 (262); Bd.10, S.372 (382); Bd.12, S.341 (348); ferner die vorstehenden Nachweise und bei HARNISCHFEGER, Rechtsprechung, S.19f

2) vgl. zu der Problematik auch LEINWEBER, aaO S.278, 363 m. weiteren Nachweisen zur gesamten Problematik; zur Abgrenzung von der staatsbürgerlichen Gleichheit als Problem der Natur des Menschen vgl. MAUNZ, aaO S.558ff, 568, insoweit also eine Verengung des allgemeinen Gleichheitssatzes; vgl. JELLINEK, VwR, S.164ff

3) zur Vernünftigkeit vgl. ESSER, Vorverständnis S.29f

4) vgl. PODLECH, Gehalt S.81f zur Kritik an der Rechtsprechung

5) BADURA, AöR Bd.92 (1967), S.382 (399); siehe BÖCKENFÖRDE, Gleichheitssatz S.47ff; zumindest hinsichtlich der Wertordnung des Grundgesetzes Nachweise bei LEIBHOLZ-RINCK, GG Art.3, Anm.5

6) vgl. LEIBHOLZ-RINCK, GG Art.3 Anm.3 und Anm.5 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung

7) PODLECH, Gehalt S.64 nennt diese: Klassen von Personen

8) LANGE, Die Verwaltung 1971, S.259 (267) m.w.N.

gleichheit [1] beinhaltet gegenüber dem in seiner Allgemeinheit wenig aussagekräftigen Willkürsatz die konkrete Untersuchung der sachlichen Differenzierungsmerkmale. Die regelungsspezifischen Kriterien werden erst in der Relation zum Normzweck erkennbar [2]. Soweit nicht wie bei sozialbedingten Förderungen der Mensch als solcher unmittelbar im Vordergrund steht, sondern seine Funktion im Hinblick auf die Verfolgung legitimer[3] staatlicher Endzwecke gestärkt werden soll, ergeben sich aus den Tätigkeitsmerkmalen die Anhaltspunkte für die Klassifizierung der Empfängergruppen.[4]

bb) Die Aufgabenerfüllung als "wesentliches" Element der Gleichheitsbeziehungen

Da hier nicht der Ort für Einzeluntersuchungen ist, wird im folgenden die prinzipielle Frage zu erörtern sein, inwieweit die Wahrnehmung von materiell-öffentlichen Aufgaben bzw. von Verwaltungsaufgaben und die Erfüllung durch die öffentliche Hand bzw. durch Private zur Differenzierung geeignet ist.

---

1) vgl. Darstellung bei SCHOLLER, Interpretation S.36ff, S.47ff

2) so auch KREUSSLER, Schranke S.50f; zu dieser Relation auch PODLECH, Gehalt S.109, insbes. S.117 jeweils mit weiteren Nachweisen; HOPPE, DÖV 1965, S.546 (552)

3) dazu PODLECH, Gehalt S.117

4) Entgegen KREUSSLER, Schranke S.51, geht die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Normzwecks der Gleichheitsprüfung logisch voraus; damit entfällt aber auch die Frage, ob die Norm selbst eine unzulässige Differenzierung enthält; vgl. dazu MENGER, HRR VwR, C 1, S.2; aber auch VGH Mannheim, NJW 1971, S.954

(1) Wie oben dargestellt, zeigen die Begründungen zur Gewährung von Finanzhilfen ein heterogenes Bild. Augenfällig ist der Hinweis auf die Gemeinnützigkeit der subventionierten Projekte. Wird zum Teil staatliche wie private Aufgabenerfüllung in gleicher Weise unterstützt, so insbesondere im Krankenhauswesen und bei kulturellen Einrichtungen, so wird anderorts insbesondere die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben subventioniert. In der steuerlichen Begünstigung der Sparkasse auf Grund ihrer verfaßten Aufgabe der Förderung des Sparsinns kam dies bislang besonders deutlich zum Ausdruck. Allerdings wird hier der Abbau steuerlicher Vergünstigungen angestrebt, da private Banken zunehmend die gleiche Funktion wahrnehmen. Auch in Zukunft werden jedoch die "Kreditinstitute mit Sonderaufgaben" weiter bevorzugt bleiben.
Deutlich ist auch die Bevorzugung der Tätigkeit öffentlich-rechtlich organisierter Versicherungsanstalten gegenüber privater materiell gleicher Aufgabenerfüllung. Das wesentliche Element dieser Differenzierung nach Verwaltungsaufgaben und öffentlichen Aufgaben wird sichtbar bei Rückbesinnung auf die Voraussetzungen, unter denen der Staat eine den freien gesellschaftlichen Kräften überlassene Angelegenheit zu seiner eigenen erklären kann. Das von EMMERICH [1] beschworene Bild, der Staat brauche sich nur auf öffentliche Zwecke zu berufen, um eine Aufgabe an sich zu ziehen [2], unterliegt immerhin den Schranken aus den Grund-

---

1) Wirtschaftsrecht S.109

2) HERZOG, Staatslehre S.148 folgt dem insoweit, als der Staat die Kompetenz-Kompetenz gegenüber der Gesellschaft habe; das Subsidiaritätsprinzip sei nur im politischen Bereich verankert (S.151).

rechten wie insbesondere der Berufsfreiheit [1] und dem Subsidiaritätsprinzip [2]. Wenn aber eine prinzipiell gesellschaftlichen Kräften überlassene Aufgabe unter Beachtung dieser sich aus der Wertordnung des Grundgesetzes ergebenden Schranken [3] zulässig zu einer Verwaltungsaufgabe erklärt worden ist, so impliziert dies den Nachweis einer besonderen Gemeingewichtigkeit [4], eines besonderen Bedürfnisses für die Übernahme in den staatlichen Bereich. Somit berücksichtigt die Finanzierungshilfe ausschließlich für Verwaltungsaufgaben das besondere staatliche Interesse an deren Durchführung. Das Argument aus der "Natur der Sache" läßt sich in diesem prinzipiellen Abgrenzungsfall zurückführen auf eine tatsächlichen Bedürfnissen entsprechende Abwägung zwischen gesteigertem öffentlichen Interesse an staatlicher Garantie für die Durchführung gemeinwichtiger Aufgaben und dem Erfüllungsvermögen bzw. der Wahrnehmungswilligkeit freier gesellschaftlicher Kräfte. Fördert der Staat also die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe, so vermag die erkannte besondere Bedeutung dieser Aufgabe prinzipiell eine Differenzierung gegenüber Personen, die lediglich Aufgaben von allgemeinem öffentlichen Interesse erfüllen, zu tragen.

(2) Fraglich ist aber, ob die Organisationsform als solche (von unmittelbar staatlicher Verwaltung bis zur Ausgliederung auf außerstaatliche Träger) auch dann eine Differenzierung trägt, wenn es sich in allen Fällen um Verwaltungsaufgaben handelt.

---

1) vgl. dazu die Darstellung mit Nachweisen zu staatlichen Verwaltungsmonopolen bei BIERMANN, Diss., S. 70 ff.; zur Verknüpfung mit dem Gleichheitssatz: SCHOLLER, aaO, S.50

2) vgl. hierzu die umfangreichen Nachweise bei BULL, Staatsaufgaben, S.196 FN 23 und 24; und bei BOERGEN, DVBl 1971, S.869 (875), aber auch BVerwGE Bd.23, S.304 (306)

3) vgl. v.MÜNCH,JZ 1960, S.303 (304 f.)

4) in dieser Richtung auch: KRAUTZBERGER, Erfüllung, S.73

Die Anwendung des Gleichheitssatzes ist jedenfalls nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß es sich um gemischt staatsorganisatorisch interne und externe Wahrnehmung handelt. Wie das Bundesverfassungsgericht darlegt,[1] ist der Gleichheitssatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz, der schon aus dem Rechtsstaatsprinzip als dem Grundsatz allgemeiner Gerechtigkeit folgt, auch innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus anwendbar.[2]

Die Organisationsform kann allenfalls dann wesentliches Differenzierungskriterium sein, wenn ihr hinsichtlich des vom Staat vorausgesetzten Subventionszwecks eine eigene Bedeutung zukäme. Dies hat das Bundesverfassungsgericht selbst für Rundfunkanstalten verneint und lediglich an die von der Privat- oder Öffentlichrechtsform unabhängige innerorganisatorische Ausgestaltung grundrechtssichernde Anforderungen gestellt.[3]

Da die zulässige Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private prinzipiell den für staatsinterne Erfüllung geltenden Schranken unterliegt, kann die private Organisationsform nicht "wesentliches", d.h. materiales Element einer Differenzierung sein.[4]

---

1) BVerfGE Bd.21, S.372

2) vgl. auch die schon früh ergangene Entscheidung BVerfGE Bd.1, S.233, wonach auf den überpositiven Rechtsgrundsatz abgestellt werden müßte, wenn Art.3 GG nicht geschrieben worden wäre.

3) vgl. dazu Nachweise oben

4) im Ergebnis ebenso: EMMERICH, Wirtschaftsrecht, S.112; vgl. auch HENZE, Finanzhilfe, S.103 BVerfGE Bd.27, S.360 (364) steht dem nicht entgegen, da es sich nicht um in Dienst genommene private Einrichtungen handelt.

(3) Die unterschiedliche Behandlung Privater und juristischer Personen des öffentlichen Rechts zeitigt dann, wenn beide auf gleichen Aufgabengebieten tätig werden, Verzerrungen in der wettbewerblichen Ausgangslage, in der Chancengleichheit. Unter diesem Aspekt hatte das Bundesverwaltungsgericht auch die steuerliche Benachteiligung von Getreideimporteuren als rechtswidrig angesehen, da der Bund (unversteuerte) eigene Importe billiger abgegeben hatte. Darüber hinaus ist unbestritten, daß ausschließliche Subventionierung einzelner Gruppen (und dies gilt ebenso im Verhältnis von öffentlicher Hand zu Privaten) die Chancengleichheit [1] insoweit verletzt, als sie die herkömmlichen Eingriffe in das Eigentum ersetzt, jedoch die gleiche Zielsetzung wie die Eingriffsverwaltung hat.[2] Die Bevorzugung bestimmter Empfängergruppen bewirkt die Belastung Nichtberücksichtigter mit einem Nachteil in der wettbewerblichen Ausgangslage.

Eine solche Ungleichbehandlung zeichnet sich etwa bei der steuerlichen Begünstigung der Bundesbahn gegenüber nicht bundeseigenen Eisenbahnen ab, da erstere durch § 4 Abs. 1 Ziff. 1 KStG und § 3 Abs. 1 Ziff.1 VStG sowie § 3 Ziff. 1 GewStG und § 4 Ziff. 1 b Gr StG privilegiert werden.[4] Im einzelnen ist

---

1) hierzu: FRIAUF, DVBl 1969, S. 368 (371)

2) BÖRNER, Staatsmacht, S. 38 f zum Steinkohleanpassungsgesetz; zur Konkurrenzklage: BVerwGE Bd.3o, S.191 (aber auf Art. 2 Abs.1 GG gestützt); ferner zum Anspruch des Konkurrenten: FRIAUF, DVBl 1969, S.368 (371); ders., DVBl 1971, S.674 (68o); ZACHER, VVDStRL, Bd. 25 S. 3o8 ff; insgesamt auch: RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 316; SCHOLZ, WirtschaftsR, S. 45, 51

3) vgl. auch BVerfGE, Bd. 3o, S.83, 88; und DÖRFFLER, NJW 1963, S. 14

4) vgl. auch Subventionsbericht der Bundesregierung vom 23.12.1971, BT-Drucks. VI/2994, S. 186-189

jedoch zu berücksichtigen, inwieweit § 3a Ziff.1 und 2 VStG und insbesondere § 12 Abs.2 Nr.10 UStG den sonstigen Verkehrsunternehmen der öffentlichen und privaten Hand hierfür Korrelate verschafft.[1]

cc) Rechtsfolgen erkannter Ungleichbehandlung

Gleichwohl ist auch mit der Feststellung der ungleichen Finanzierung von Verwaltungsaufgabenerfüllung durch Private und durch die öffentliche Hand nichts über die rechtlichen Konsequenzen ausgesagt. So könnte die Gleichheit dadurch wiederherzustellen sein, daß die bislang Nichtberücksichtigten in die Empfängergruppe aufgenommen werden[2], dies zumindest dann, wenn nur eine einzige denkbare Korrektur des gesetzgeberischen Unterlassens durch Einbeziehung ausgefüllt werden kann[3], wenn nur eine bestimmte Regelung mit dem Gleichheitssatz vereinbar ist.[4] Ist schon die Feststellung absoluter Gleichheit nur selten zu vollziehen[5], so ist die Annahme einer Ermessensreduktion bzw.einer richterlichen Ersetzungsbefugnis schon deshalb problematisch, weil alternativ regelmäßig die Beseitigung der bisherigen Subventionsregelungen denkbar ist[6], dem Ge-

---

1) vgl. Subventionsbericht der Bundesregierung, S.190ff

2) vgl. BVerfGE Bd.6, S.273; so daß Art.3 GG also den Zugang zur Subvention sichert, vgl. ZACHER, VVDStRL Bd.25 (1967), S.308 ff (363)

3) vgl. BVerfGE Bd.8, S.28 (37)

4) MENGER und ERICHSEN, VerwArch Bd.58 (1967), S.284 (286); FRIAUF DVBl 1971, S.679; so FROMM, DVBl 1971, S.780 (781) für Zuschüsse zu den Sozialtarifen an private Verkehrsunternehmen

5) RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdn.315 unter Hinweis auf OVG Lüneburg, DVBl 1969, S.875 (Wanderbühne); vgl. von MÜNCH, AÖR Bd.85 (1960), S.270, 295, 297

6) vgl. LANGE,Die Verwaltung 1971, S.259 ff, 271 f.

setzgeber aber die Wahl zwischen Ausdehnung und Abschaffung belassen bleiben muß.[1] So wäre ein Rechtswidrigkeitsverdikt über die Gewährung von Finanzierungshilfen nur an Einrichtungen, Unternehmen der öffentlichen Hand bzw. an Körperschaften des öffentlichen Rechts unter Ausschluß Privater denkbar.[2] LANGE[3] meint, im Zweifel sei die gesamte Subventionsregelung rechtswidrig, da die staatliche Befugnis zur Mittelverteilung restriktiv auszulegen sei, zumal die Mittel zuvor einzelnen über die Abgabenerhebung genommen worden sind und dies wiederum an die Erfüllung legitimer Staatszwecke gebunden ist.

Zwar ist die Subventionsvergabe an legitime staatliche Subventionszwecke gebunden, doch ist dies eine der Empfängerbestimmung logisch vorausgehende Entscheidung. Somit läßt der ausdrückliche oder konkludente Ausschluß bestimmter Gruppen keine Aussage darüber zu, ob die vom Staat gesetzten Ziele auch im Subventionswege gefördert werden dürfen. Folgerichtig hat sich das Bundesverfassungsgericht[4] mit der bloßen Feststellung eines Verfassungsverstoßes begnügt. Diese nicht immer konsequent durchgehaltene Rechtsprechung[5] gibt dem Gesetzgeber die Wahl zwischen den verschiedenen Möglichkeiten[6], beläßt ihm die an die Differenzierungsgrenze der verfassungsmäßigen Ordnung gebundene Gestaltungsfreiheit.[7] Insbesondere bleibt die Zuständigkeit des

---

1) vgl. BVerfGE Bd.6, S.257 (265); Bd.9, S.25o (255); Bd. 22, S. 349 (361); ferner GÖTZ, aaO S. 264

2) zum Aspekt der Wettbewerbsfreiheit vgl. BVerwG DVBl 1969, S.365 (367); ferner BERNHARD, JZ 1963, S. 3o2 (3o6)

3) Die Verwaltung 1971, S. 259 (271 f)

4) vgl. BVerfGE Bd. 22, S, 349 (359 ff); Bd.23, S.1o

5) vgl. Nachweise zu vorstehendem Text

6) vgl. zur Rechtsprechung im einzelnen auch: RUPP-v.BRÜNNECK, Grundrechte S. 45 ff

7) BVerfGE Bd.6, S.28o; Bd.9, S.1o, Bd. 1o S. 73; Bd. 21, S. 26 ff

Gesetzgebers im Rahmen der Funktionenordnung [1] erhalten. Der von MENGER und ERICHSEN [2] dargelegten Gefahr eines versteinerten Patts zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung wird allenfalls durch einen Schadensersatzanspruch auf Grund gesetzgeberischen Unterlassens reaktiv zu begegnen sein.[3]

d) Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der Verwaltungsaufgaben wahrnehmende Private weder einen originären noch einen über Art.3 Abs.1 GG hinsichtlich der Subventionierung in öffentlicher Hand geführter Verwaltungsaufgaben abgeleiteten Anspruch auf staatliche Subventionierung hat.

---

1) vgl. hierzu ACHTERBERG, Probleme S.143ff, 149ff und zum Verhältnis zwischen vollziehender Funktion und Rechtsprechung S.154ff

2) VerwArch Bd.58 (1967), S.284 (286)

3) vgl. dazu DAGTOGLOU, Staatshaftung Rdnr.83, insbesondere in Bezug auf Subventionen: Rdnr. 417ff, 420; ferner die umfassenden Nachweise zum Meinungsstand bei: BENDER, aaO Rdnr.286ff; aber auch MENGER, VerwArch Bd.63 (1972), S.81 (84)

2. Ableitung von Ausgleichsansprüchen im schienengebundenen öffentlichen Personennahverkehr

Die bereits eingangs erwähnte defizitäre Entwicklung auf dem Sektor des gesamten öffentlichen Personennahverkehrs hat die Literatur wiederholt unter dem Aspekt staatlicher Finanzierungspflicht beschäftigt.[1] Die mangelnde Transparenz [2], die Uneffektivität vorhandener Regelungen führte zu dem Ruf nach gesetzlich geregeltem grundsätzlichem Ausgleich für das Erbringen von gemeinwirtschaftlichen Leistungen [3].

a) Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Vergleich zur Regelung des Bundesbahngesetzes

FROMM [4] hat sich mit dem Rechtsgrund für eine staatliche Finanzierung der im Sinne von E.R.

---

1) Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe, StGB 1973, S.129; Deutscher Städte- und Gemeindebund, DemGem 1973, S.519; Deutscher Industrie- und Handelstag, Verkehrswirtschaftliche Informationen der GdED 1970, S.16ff; vgl. die von der CEEP vorgeschlagenen Maßnahmen, DÖW 1972, S.38f und S.40ff; ferner etwa LABS, DÖW 1972, S.27ff; DERS., StT 1972, S.397; DERS., Landkreis 1972, S.239; zur Lage der niederländischen Eisenbahnen: vgl. Handelsblatt vom 26./27.1.1973, Jhrg. 28, Nr.19, S.12; vgl. ferner nachfolgende Hinweise

2) ROCKENFELT, DÖW 1972, S.16 (18)

3) vgl. KONOW, DÖW 1972, S.25 (27); WALPRECHT, StGB 1973, S.60 (61)

4) DVBl 1971, S.161ff

HUBER [1] mit einem "Stück öffentlicher Verwaltung" beliehenen, dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnunternehmen [2] beschäftigt. Bei HAUSTEIN [3] folgte die Kennzeichnung privater Eisenbahnunternehmer als Beliehene der Zuordnung von Eisenbahnen zur Kategorie der öffentlichen Wege, deren Bau und Unterhaltung ursprüngliche Staatsaufgabe sei. Nach heutiger Anschauung ist entscheidend, daß den im Sinne der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 AEG dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahnen [4] besondere Pflichten [5] hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Betriebes, der Fahrplan- und Tarifpflicht obliegen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob Konzessionierung [6] privater Eisenbahnunternehmen Indienstnahme [7], Verleihung [8] oder Durch-

---

1) WVerwR Bd. 1 S. 554

2) zur rechtlichen Kategorisierung: PÜTTNER, Unternehmen S. 9o f

3) AöR Bd. 11, S. 1oo (1o1 f)

4) vgl. näher hierzu: KURZ, BayVBl 1971, S. 4o1 (4o2 f); R. MENGER, DÖV 195o, S. 42o

5) Übersicht im einzelnen bei LABS, Personennahverkehr, S. 37 ff

6) zum Begrifflichen und zur Kategorisierung: vgl. O. MAYER, VwR Bd. 2, S. 252; KÖTTGEN, JöR (n.F.) Bd. 11 (1962), S. 3oo JELLINEK, VerwR S. 257, 526 ff; vgl. aber die Nachweise zur Verwendungsvielfalt bei Hans J. WOLFF, VwR Bd. 3, § 135 III b 2

7) zur Indienststellung durch Konzessionierung: K. WENGER, Unternehmen S. 559; kritisch: BROHM, Strukturen S. 2o2 ff, 2o4

8) so JELLINEK, VerwR S. 527 zu den Privateisenbahnen ohne strenge Differenzierung zwischen Nutzungsrechten an öffentlichen Wegen und Ausübungsbefugnissen

brechung [1] von Monopolrechten bedeutet [2], wobei die letztere Unterscheidung in der heutigen Rechtsordnung keine Stütze mehr findet [3].
Logisch geht der Monopolisierung die Erklärung eines Aufgabenbereiches zur Verwaltungsaufgabe voraus. Das Vorliegen einer solchen ergibt sich nicht schon daraus, daß der öffentliche Personennahverkehr eine materiell öffentliche Aufgabe auf dem Gebiete der Daseinsvorsorge ist [4]. Die in der Rechtsprechung anzutreffende Formulierung, daß Daseinsvorsorge zum Bereich hoheitlicher Verwaltung gehöre [5], ist so abstrakt nicht haltbar, sondern nur in Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform des Aufgabenträgers bzw. auf die Übernahme der Aufgabe in den Bereich des Staatlichen zu vertreten. Dies wird bei Eisenbahnunternehmen in der Indienstnahme zur Beförderung bestimmter Personenkreise nach Sozialtarifen deutlich [6]. So wird nicht nur ordnend in den verkehrlichen Wettbewerb eingegriffen [7], sondern

---

1) so wohl BADURA, Verwmonopol, S. 216 f; nach VOGEL, Öffentliche, S. 75 besteht allenfalls ein faktisches Monopol; so auch RÜFNER, Formen, S. 144 aber unter Hinweis auch auf die rechtliche Vorrangstellung der Bundesbahn gem. § 4 Abs. 2 AEG hinsichtlich neuer Streckenführung

2) Insgesamt hierzu: KRUCHEN, aaO, S. 85 ff

3) BROHM, Strukturen, S. 212, 215

4) vgl. SIEBERT, Privatrecht, S. 229 f.; KRUCHEN, aaO, S. 58 ff, 186; ferner PETERS, aaO, S.493 ff.

5) so BGH NJW 1970, S. 1877 zur Daseinsvorsorge überhaupt; hier einschlägig ist etwa: Bay VerfGH DÖV 1958, S. 216

6) dazu und zu den weiteren Pflichten im einzelnen LABS, Personennahverkehr, S. 37 ff; GÜNTHER, aaO, S. 220 ff; KRUCHEN, aaO, S. 190 ff; siehe auch R. MAYER, DÖV 1950, S. 420 (422 f.)

7) vgl. § 8 AEG und zu den Zielen der Tarifpolitik § 6 AEG; zu § 8 AEG vgl. BVerfGB v. 27.4.71 - 2 BvR 708/65

darüber hinaus wird im Rahmen der Tarifmaßnahmen in Verbindung mit der Betriebspflicht unmittelbar staatliche Aufgabenerfüllung sichergestellt.

Die Annahme eines staatlichen Monopols[1] für den gesamten Eisenbahnverkehr ist für die Frage nach dem Rechtsgrund für eine staatliche Finanzierungspflicht irrelevant, da sie auf die Anspruchsqualität keinen Einfluß hat. In quantitativer Hinsicht kann das Ausmaß einer Ausgleichspflicht berührt sein, wenn sich das Unternehmen die Eigeneinnahmen im Rahmen der durch das Monopol abgesicherten Betätigung anrechnen lassen muß.[2]

FROMM verweist zur Finanzierungsfrage zunächst auf die von IPSEN[3] zum Institut der gesetzlichen Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben entwickelten Gedanken. Nach Darstellung der für die Deutsche Bundesbahn geltenden Ausgleichsregelungen gemäß § 28 a BbG für gemeinwirtschaftliche Lasten, bei denen es sich in der Terminologie der EWG-Verordnung vom 26.6.1969[4] um Leistungen auf dem Sektor des öffentlichen Dienstes handelt, befaßt sich FROMM mit dem Gesetz über die unentgeltliche Beförderung von Kriegs- und Wehrdienstbeschädigten sowie von anderen Behinderten im Nah-

---

1) dagegen aber: FROMM DVBl 1971, S.161 ohne das Streckenmonopol gem. § 3 Abs.1 Ziff.1 Landeseisenbahngesetz NW auch hier in Betracht zu ziehen; danach wird mit der Konzession das Recht zum ausschließlichen Betrieb der beantragten Strecken verliehen.

2) Dazu, inwieweit die Schonung des Steuerfiskus eine Monopolisierung rechtfertigen kann: MENGER, VerwArch Bd.52, S.98 m.w.N.; zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Monopolisierung vgl. BADURA, Verwmonopol, S.217; ferner Nachweise bei BIERMANN, Diss., S.70 ff.

3) in: Festgabe für E.KAUFMANN, S.141 ff und AÖR Bd.90 (1965), S.393 ff.

4) Nr.1191 des Rates vom 26.6.1969, ABL Nr.L 156 vom 28.6.1969

verkehr. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht [1] die Anwendbarkeit der Konstruktion von IPSEN ausdrücklich dahingestellt sein läßt bzw. einen Anspruch schon auf Grund der einschlägigen Verordnung [2] positiv beschieden hat, soll diese Regelung vor dem Hintergrund einer allgemeinen staatlichen Ausgleichspflicht zu sehen sein.
Verfassungsrechtlich sei ein entsprechender Anspruch auch für sonstige gemeinwirtschaftliche Leistungen über den Gleichheitssatz in seiner Ausformung als Gebot zur Wettbewerbsneutralität abgesichert. [3] Die Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit folgert FROMM aus der vergleichenden Sicht zur Ausgleichsregelung für die Deutsche Bundesbahn gemäß § 28 a BbG.[4] Aus dem Gebot zur Wettbewerbsneutralität einerseits und aus der Tatsache, daß nicht die Gewährung von Ausgleichsleistungen, sondern die Nichtberücksichtigung bestimmter Unternehmensgruppen rechtswidrig sei, andererseits ergebe sich ein verfassungswidriges gesetzgeberisches Unterlassen. Mit dem Rekurs auf den

---

1) Urt. v. 15.5.1962, AS Bd.14, S.16o (163); vgl. auch BVerwG DÖV 1971, S.7o5 (7o6) zu § 1 UnBefG

2) es handelte sich noch um § 4 der VO des Ministerrats für die Reichsverteidigung vom 23.12.1943 über Vergünstigungen für Kriegsbeschädigte im öffentlichen Personenverkehr.

3) FROMM DVBl 1971, S. 161 (164); unter Hinweis auf BVerfGE Bd. 12, S. 341; vgl. in diesem Zusammenhang ISENSEE, DÖV 197o, S. 4o4, danach steht die Wettbewerbsfreiheit bei Art. 12 GG auf der Stufe der Berufsausübungsregelung

4) FROMM, DVBl 1971, S. 78o (781)

so verstandenen Gleichheitssatz verläßt FROMM die von IPSEN gewählte Konstruktion.[1] Ging es diesem noch um die Ableitung eines allgemeinen Entgeltlichkeitsprinzips, so beschränkt sich FROMM letztlich auf die Ausdehnung vorhandener Abgeltungsansprüche auf nicht berücksichtigte private Eisenbahnunternehmen. Nach LANGE [2] fehlt es dafür aber an einer den vom Bundesverfassungsgericht zum Gleichheitssatz entwickelten Grundsätzen entsprechenden Vergleichslage. Da das Grundgesetz ein Gebot zu absoluter Wettbewerbsneutralität nicht kennt, seien Wirtschaftslenkungsmaßnahmen prinzipiell zulässig.[3] Diese verändern aber zwangsläufig die Wettbewerbslage auf dem gesamten Markt.

b) Die tatbestandliche Ausgangslage des Anspruchs nach § 28 a BbG

LANGE [4] verzichtet allerdings auf die Erörterung, ob der Bundesbahn durch die Sonderregelung des § 28 a BbG ein am Gleichheitssatz gemessen unzulässiger Wettbewerbsvorteil eingeräumt wird. Bundesbahn und sonstige Eisenbahnunternehmen liegen angesichts des gesetzlich garantierten Streckenmonopols nicht im unmittelbaren Wettbewerb zueinander. Fraglich bleibt, ob Art.3 Abs.1 GG als Gebot zur Chancengleichheit zur Übertragung

---

1) kritisch auch: LANGE, DVBl 1971, S.775 ff; im übrigen vgl. KONOW, DÖW 1972, S.25 (26)

2) DVBl 1971, S.775 (780)

3) zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. Nachweise bei WUTTKE, DB 1971, S.1701 ff, 1702

4) DVBl 1971, S.775ff

des Ausgleichsanspruchs nach § 28 a BbG auch auf die dem Landeseisenbahngesetz unterliegenden Unternehmen führt. Entscheidend ist hierfür die tatbestandliche Ausgangslage. Im Vordergrund steht das in § 28 BbG für die Wirtschaftsführung der DB derzeit geltende Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit. Das bedeutet, daß die DB nach kaufmännischen Gesichtspunkten zu führen ist. Schlug dieses Prinzip in den Anfangszeiten des Eisenbahnverkehrs und noch zu zeiten der Reichsbahn mit einem Gewinn zu Buche, so hat sich dies heute grundlegend geändert. Die Kriegsfolgen, die eigene Wegebau- und Unterhaltungspflicht, die zunehmenden sozialen Implikationen des öffentlichen Personennahverkehrs, darüber hinaus die Handhabung der DB als Instrument der Förderung etwa strukturschwacher Gebiete, haben der DB eine Reihe kostenintensiver gemeinwirtschaftlicher Lasten gebracht.

Das Bundesbahngesetz vom 13.12.1951[1] löste das Gesetz über die Deutsche Reichsbahn vom 4.7.1939[2] ab und sah zunächst vor, daß die gemeinwirtschaftlichen Lasten von der DB bis zur Grenze der Eigenwirtschaftlichkeit selbst zu tragen waren.[3] Erst darüber hinausgehende unzumutbare tarifliche Maßnahmen waren auf den Bundeshaushalt zu übernehmen. Mit Einführung des § 28 a BbG[4] wurde die Ausgleichspflicht auf strukturbedingte Maßnahmen der Aufrechterhaltung von nach kaufmännischen Gesichtspunkten unrentablen Strecken erweitert. Erst das Änderungsgesetz vom 6.3.1969[5] löste die

1) BGBl I, S.955
2) Reichsgesetzblatt I, S.1205
3) hierzu und zum folgenden: GÜNTHER, aaO, S.243
4) Änderungsgesetz vom 1.8.1961, BGBl I, S.1161
5) BGBl I, S.191

Ausgleichspflicht von der Gesamtertragslage ab und gewährt unabhängig von der Eigentümerstellung[1] einen Ausgleich für die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Lasten.[2] Diese Regelung berücksichtigt zumindest ihrem theoretischen Ansatz nach die Tatsache, daß die Kosten für die Kriegsfolgelasten, für den Bau der eigenen Schienenwege etc. einen Gewinnüberschuß nicht erwarten lassen.

c) Die Situation der nichtbundeseigenen Eisenbahnen

Dagegen haben die Landesgesetzgeber eine grundsätzlich andere Konstruktion gewählt.[3] Danach sind in Hinblick auf die Zielsetzung des § 6 AEG die Tarife so zu bilden, daß den Unternehmen eine angemessene Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals verbleibt. Außer im Rahmen des Wechselverkehrs gemäß § 28 a Abs.3 BbG ist eine Deckung des finanziellen Aufwandes für die Erfüllung (gemeinwirtschaftlicher) Verwaltungsaufgaben einerseits nicht vorgesehen; andererseits ist über die Tarifbildung die finanzielle Situation der Eisenbahnunternehmen zu berücksichtigen. Anders als im Bundesbahngesetz dürfen ihnen darüber hinaus keine gemeinwirtschaftlichen Leistungen abverlangt werden. Im Sinne der obigen Terminologie bedeutet dies, daß auch hier eine Verknüpfung von Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit verwirklicht wird, die aber noch ein bestimmtes Maß an Gewinnerzielung berücksichtigt.

---

1) so aber noch LANGE, DVBl 1971, S.775 (776); vgl. aber auch KONOW, DÖV 1972, S.25 kritisch zur Kommerzialisierung der Verwaltung

2) vgl. auch die Darstellung der schweizerischen Regelung bei FROMM, DVBl 1971, S.161 (164)

3) vgl. etwa § 14 Abs.2 EisenbahnG Baden-Württemberg; § 14 EisenbahnG Hessen und § 25 Abs.2 EisenbahnG Nordrhein-Westfalen

Diese in ihrer Grundkonzeption klare gesetzliche Regelung wird allerdings der tatsächlichen finanziellen Lage auf dem Sektor des öffentlichen Personennahverkehrs nicht gerecht[1], da schon angesichts der rechtlich nicht zu erfassenden Konkurrenz durch den Individualverkehr[2] kostendeckende Preise nicht zu erzielen sein werden.

d) Die Vergleichbarkeit in der Ausgangslage und in der Bewertung des Unternehmenserfolges

Abgesehen von der Frage, inwieweit der Landesgesetzgeber überhaupt verpflichtet sein kann, im Eisenbahnwesen über die Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes hinaus seine Regelungen der des Bundes für die DB anzugleichen, läßt schon die von § 28 a BbG vorausgesetzte Ausgangslage einen Vergleich nicht zu.

Die in § 28 a BbG normierte Ausgleichspflicht knüpft an die 1969 längst offensichtlich gewordene Entwicklung an, daß die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Aufgaben der DB auch in Zukunft keine Gewinne bringen wird. Die frühere Regelung[3], nur das überschießende Defizit auf Grund z.B. nicht kostendeckender Tariffestsetzung abzugelten, war damit faktisch obsolet geworden. Wollte man die für die Bundesbahn geltende Regelung auf nichtbundeseigene Eisenbahnen übertragen, wäre

---

1) vgl. zuletzt FROMM, Kommunalwirtschaft 1973, S.285 f.

2) allenfalls über politische Entscheidungen, die sich in einfachen Gesetzen niederschlagen

3) vgl. § 28 a BbG noch in der Fassung des Bundesbahngesetzes von 1961, siehe oben S. 93

diese Ausgangslage in Relation zu deren Unternehmensergebnis zu setzen. Das würde also ein negatives Gesamtergebnis bedingen, da nach der historischen Entwicklung erst dann der Ausgleich einsetzt. Negative Gesamtergebnisse auf Grund gemeinwirtschaftlicher Lasten bedeuten aber, daß zumindest bei privaten Unternehmen bereits vorher die Schranken des Art.14 GG erreicht sind bzw. diese Verluste nach den Grundsätzen zum enteignungsgleichen Eingriff ausgeglichen werden müßten.[1] Die derzeit für nichtbundeseigene Eisenbahnen geltenden Tarifregelungen sollen aber eine Verletzung des Art.14 GG verhindern[2] und setzen damit vergleichsweise früher an als § 28 a BbG.[3] Über den Gleichheitssatz in der Ausformung etwa als ein Gebot zur Chancengleichheit[4] ist Gleichstellung mit der DB also schon deshalb nicht zu erreichen, weil vorgängig Art.14 GG eingreifen würde.

---

1) insoweit zutreffend: LANGE, DVBl 1971, S.775 (778); fraglich ist aber, ob dieser Rekurs auf Art. 14 GG geboten ist.

2) vgl. dazu BGH NJW 1968, S.294 (296)

3) FROMM, Kommunalwirtschaft 1973, S.285(286) weist auf den Vorschlag des VÖV zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes hin; danach wird auf eine dem BbG "gleiche" Regelung verzichtet und letztlich eine Subventionierung i.S.d. Regelung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes angestrebt.

4) vgl. dazu BVerwG DÖV 1973, S.317 und Nachweise oben.

IV. Möglichkeiten der Entwicklung eines Entgeltanspruchs aus Art.33 Abs.5 GG

Der Regelung des Art.33 GG kommt in der Diskussion um die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben mehrfache Bedeutung zu. So wird Art.33 Abs.4 GG in die Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bzw. Schranken einer Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen auf Private einbezogen.[1] Zum anderen wird anknüpfend an den sog. staatlich gebundenen Beruf die Stellung des Beliehenen im Spannungsfeld von Art.12 zu Art.33 GG untersucht.[2] So hat sich GALLWAS[3] im Anschluß an RUPP[4] dafür ausgesprochen, im Innenverhältnis zwischen Gemeinwesen und Verwaltungsmittler auf die Grundsätze des Art.33 GG zu rekurrieren.[5] Das führt zu der Frage, ob über Art.33 Abs.5 GG den für Verwaltungsaufgaben in Anspruch genommenen Privaten oder zumindest denjenigen Privaten ein Entgelt zuzusprechen ist, die in Durchbrechung[6]

---

1) vgl. etwa E.R. HUBER, WVerwR I, S.544; DERS., DVBl 1952, S.459; MICHAELIS, Diss. S.64f, 149 m.w.N.; BROHM, aaO S.215; BRAND, Diss. S.31; REUSS, Grundrechte III/1, S.129; LINDGEN, DÖD 1972, S.1 (7); GRESS, SKV 1967, S.123; Hans J. WOLFF, VwR II § 104 II b; vgl. BVerfGE Bd.9, S.268 (285)

2) vgl. aus neuerer Zeit: FLEISCHMANN, aaO S.119ff, 132ff; BETHGE, Diss. S.157ff; BÜRGER, Diss. S.38ff jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen

3) VVDStRL Bd.29 (1971), S.211 (232)

4) Privateigentum, S.16f FN 27

5) vgl. auch H. KRÜGER, Allgemeine Staatslehre S.318

6) zur Reichweite des Regelsatzes vgl. BRINKMANN, GG, Art.33 IV 5 b; OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.162; zu befristeten Aufgaben der Subventionsverwaltung als Ausnahme: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.33 Rdnr.42; sehr weitgehend: LINDGEN, DÖD 1972, S.1 (5) m.w.N.

des Funktionsvorbehalts von Art.33 Abs.4 GG zu Gunsten der Berufsbeamten [1] hoheitsrechtliche Befugnisse [2] wahrnehmen.

1. Der Begriff des öffentlichen Dienstes

Selbst angesichts der sich abzeichnenden Tendenz zur Auflösung des Alimentationsprinzips [3] ist eindeutig, daß die "herkömmlichen Grundsätze des Berufsbeamtentums" u.a. die finanzielle Absicherung der im öffentlichen Dienst stehenden Personen beinhalten [4]. Die Auseinandersetzungen entzünden sich am Begriff des öffentlichen Dienstes, da es eine allgemeingültige Definition nicht gibt.[5]

---

1) den Gegensatz zu sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes wie Angestellten und Arbeitern betonen: E.R. HUBER, WVerwR I, S.544; DERS., DVBl 1952, S.45; von MANGOLDT-KLEIN, GG 2, S.812f; MICHAELIS, Diss. S.64 m.w.N. zu den Materialien vgl. JöR Bd.1, Art.33 zu Abs.4

2) nach THIEME, aaO S.57 sind dies die typisch obrigkeitlichen Eingriffsbefugnisse; Gleichsetzung mit öffentlich-rechtlich: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG,Art.33 Rdnr.33; HAMANN, GG, Art.33 C 4; OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.137 (161); zur Prämisse des Verfassungsgebers von der im wesentlichen eingreifenden Verwaltung: JöR Bd.1, S.320; aber zum dynamischen Funktionsbereich der Daseinsvorsorge: MENGER, DVBl 1960, S.297 (299); ferner GIEHL, BayVBl 1972, S.57ff; ZACHER, VVDStRL Bd.25 (1967), S.308ff, 338, 343; GRESS, SKV 1967, S.122

3) vgl. etwa: ELLWEIN und ZOLL, aaO S.222ff; NEESSE, aaO S.88; SONTHEIMER und BLECK, aaO S.96ff; WIESE, aaO S.327ff

4) pars pro toto: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.33 Rdnr.69 m.w.N.; BVerfGE Bd.8, S.16f; Bd.11, S.210 (216f); strittig ist aber, ob daraus ein subj.öff. Recht abzuleiten ist, so die vorgenannte Rechtsprechung; dagegen: BETHGE, Diss. S.52ff mit umfangreichen Nachweisen

5) vgl. BVerwGE Bd.9, S.316; insgesamt zum Meinungsstand und Literaturnachweise bei: v. MÜNCH, Öffentlicher Dienst, S.19 (23ff)

Nach dem Wortlaut des Art. 33 Abs. 5 GG könnte darunter auch der öffentliche Dienst fallen, wie er in der EWG-Verordnung vom 26.7.1969 [1] aufgefaßt worden ist [2]. Danach ist die Wahrnehmung von Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten der Eisenbahnunternehmen insoweit öffentlicher Dienst, als diese Unternehmer solche Verpflichtungen im eigenen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würden. [3] Dieser Begriff, der an die vereinzelten Versuche erinnert, den öffentlichen Dienst funktional[4], nach der besonderen [5], öffentlich-rechtlichen Art[6] der wahrgenommenen Aufgabe zu bestimmen, konnten sich im nationalen Recht nicht durchsetzen [7].

Das im Rahmen der Zwitterfigur "staatlich gebundener Beruf" [8] am Verhältnis vom Art. 12 GG [9] zu

---

1) EWG-VO Nr. 1191/69 vom 26.7.1969 - Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1, vgl. Art. 2 I

2) in diesem Sinne vgl. FROMM, DVBl 1971, S. 161 (162), der daraus das Vorliegen einer Verwaltungsaufgabe ableitet; ferner: MAYER, DÖV 1950, S. 420 (423)

3) vgl. in diesem Zusammenhang BVerfGE Bd. 16, S.294, danach liegt ein freier Beruf vor, wenn der Betreffende das volle wirtschaftliche Risiko trägt.

4) dazu BETHGE, Diss. S. 79 ff zu Beliehenen trotz ansonsten ablehnender Haltung, m.w.N.

5) so LEISNER, AöR Bd. 93 (1968), S. 161 (179 f)

6) BAGE Bd. 3 S. 124; aufgegeben in Bd. 8, S. 84

7) vgl. die ablehnende Stellungnahme bei: von MÜNCH, Öffentlicher Dienst, S. 19 (24); ferner PFENNIG, aaO S. 33

8) vgl. dazu die Nachweise bei: RINCK, aaO Rdnr. 100; BETHGE, Diss. S. 162 ff; BURGER, Diss. S. 34 ff; FLEISCHMANN, aaO S. 119 ff; davon abgegrenzt der "Halbbeamte" im Sinne von TRIEPEL, aaO S. 66

9) zum freien Beruf: FLEISCHMANN, aaO S. 113 ff

Art.33 GG orientierte Unterfangen [1], die Affinität von Staatsfunktion und öffentlichem Dienst [2] herauszustellen, mußte zwangsläufig scheitern. So ist der Begriff "staatlich gebundener Beruf" durch Einbeziehung qualitativ unterschiedlicher Bindungsmotivationen und -wirkungen [3] überlastet. Diese enthalten restriktiv wirkende ordnungsrechtliche Aspekte [4], können darüber hinaus aber eine Tätigkeit aus dem gesellschaftlichen Raum herauslösen, um so z.B. gemeinwichtige Leistungen sicherzustellen [5]. Zwar ist Art.12 GG einschlägiger Prüfungsmaßstab für die Übernahme einer (auch untypischen [6]) Betätigung in den Bereich des Staatlichen [7], aber die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben bedeutet für den Pflichtigen nicht auch notwendig Eingliederung in den öffentlichen Dienst. Zu unterscheiden ist vielmehr die Erklärung einer Tätigkeit zur Staatsfunktion, damit verbunden die

---

1) in dieser Hinsicht vgl. LEISNER, AÖR Bd.93 (1968), S.161 (178)

2) zum Verhältnis öffentlicher Dienst - "öffentliche"Aufgaben: BETHGE, Diss. S.79ff; näher gekennzeichnet durch das Verhältnis öff.Dienst - Amtswalter: vgl. MENGER, VerwArch Bd.51, S.379f

3) vgl. etwa die Typologie bei BETHGE, Diss. S.196ff; FLEISCHMANN, aaO S.93ff

4) so die Ansicht von: BETHGE, Diss. S.196

5) dies wird im Ansatz bei BÜRGER, Diss. S.38ff deutlich, wenn er zwischen staatl. gebundenen Berufen mit Beleihung (S.48f) und mit Erlaubnis differenziert; vgl. auch RINCK,aaO Rdnr.106 m.w.N.; dies wird betont von BVerfGE Bd.7, S.377 (398)

6) zum Berufsbild vgl. BVerfGE Bd.7, S.377 (398)

7) vgl. Nachweise bei BETHGE, Diss. S.195 zur Einengung des gesetzgeberischen Ermessens hierbei unter Hinblick auf den Grundrechtsschutz: BVerfGE Bd.7, S.377 (400); vgl. LEISNER AöR Bd.93 (1968), S.161 (168); vgl. audh Nachweise bei RINCK, aaO Rdnr.102

Übernahme in den Bereich öffentlicher Verwaltung von der Integration des Erfüllungspflichtigen in die Staatsorganisation. Die Bezeichnung einer Tätigkeit als an den öffentlichen Dienst herangeführt besagt zum einen nichts über die Zulässigkeit der darin inbegriffenen Verstaatlichung. [1] Diese dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfene Auffassung findet in dessen Urteilen insoweit keine Bestätigung, als es lediglich die tatsächliche und nicht eine automatisch rechtlich zulässige Zurückdrängung der Berufsfreiheit konstatiert.[2] Zum anderen ist die an den Schranken der Berufsfreiheit[3] zu messende "Annäherung" an den öffentlichen Dienst auf Art.33 Abs.1 und 2 GG abgestimmt. Daraus folgt nicht auch unmittelbar die Anwendung des Art.33 Abs.5 GG auf die Entgeltfrage.[4] Diese Vorschrift meint vielmehr die Ausgestaltung der personellen Integration von Bürgern in die Staatsorganisation im Sinne eines Personalrechts. [5] Das darin enthaltene formelle Verständnis des öffentlichen Dienstes ist aber nicht schon deshalb zwingend, weil

---

1) diese Tendenz meint STEINER, DÖV 1970, S.526 (531 Anm.66) der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen zu können; vgl. auch MARTENS, Öffentlich S.105ff; LEISNER, AöR Bd.93 (1968), S.161 (179ff)

2) vgl. BVerfGE Bd.7, S.377 (398); ferner Bd.16, S.22; Bd.17, S.371 (377); darüber hinaus in diesem Zusammenhang Bd.11, S.39f; Bd.21, S.245; BVerwGE Bd.9, S.334; vgl. aber auch die kritischen Anmerkungen von MENGER, VerwArch Bd.56 (1965), S.81 soweit sich das Bundesverfassungsgericht auf das Vorliegen öffentl. Aufgaben beruft

3) vgl. hierzu MENGER, VerwArch Bd.51, S.373 (374)

4) vgl. zu Privatdozenten MENGER, VerwArch Bd.51, S.379 (380), zu Kassenärzten: DERS., VerwArch Bd.51, S.373 (375)

5) Hans J. WOLFF, VerwR Bd.2, § 105 I b

etwa der Kreis der "unmittelbaren Staatsaufgaben" nur schwer abzugrenzen wäre.[1] Der Vorrang der Praktikabilität gegenüber sonstigen Interpretationsergebnissen erscheint bedenklich. Aber der Verfassungsgeber ist von den formell in die Staatsorganisation einbezogenen natürlichen Personen ausgegangen [2], ohne allerdings Indienstgenommene oder Beliehene ausdrücklich ausschließen zu wollen [3]. Demnach kommt es weder auf die normative Ausgestaltung des Dienstverhältnisses [4] noch auf die Art der Tätigkeit sondern allein auf die öffentlich-rechtliche Organisationsform des Dienstherrn [5] bzw. die Eingliederung an.

---

1) so aber JUNG, aaO S.27

2) vgl. JöR Bd.1, S.313 zum Memorandum der Militärgouverneure vom 2.3.1949; vgl. ferner zu Abs.4 und 5 ebenda S.314ff

3) Dies kommt in der Diskussion um Art.33 Abs.4 GG zum Ausdruck, der eigentlich nur das Verhältnis zwischen Beamten und anderen Angehörigen des öffentlichen Dienstes behandelt, unter diesen aber auch die ausnahmsweise Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf "Private" zuläßt; vgl. Nachweise oben S. 97 FN 1

4) dagegen auch: v. MÜNCH, aaO S.19 (24); PFENNIG, aaO. S.37; vgl. zu den an der mißverständlichen Diktion des Art.33 Abs.4 GG orientierten Ausführungen von PIECK, DÖV 1966, S.217ff die Richtigstellung von WILHELM, DÖV 1966, S.221ff

5) vgl. in diesem Sinne: PFENNIG, aaO S.40; Nachweise bei v. MÜNCH, aaO S.19 (24); PÜTTNER, aaO S.319; ULE, Grundrechte IV/2, S.545; MARTENS, Öffentlich, S.101; Hans J. WOLFF, VwR II § 105 I b; BVerfGE Bd.6, S.267; BVerwGE Bd.30, S.81ff; BAGE Bd.8, S.84; ausgeschlossen sind aber Kirchen und andere öffentl.-rechtl. Organisationen, die nicht an die staatl. Gewalt der BRD anknüpfen; vgl. THIEME, aaO S.34

2. Recht des öffentlichen Dienstes i.S.d. Art.33 Abs.5 GG

Durch das Erfordernis der personellen Integration in die öffentlich-rechtliche Organisation des Dienstherrn ist eine unmittelbare Anwendung des öffentlichen Dienstrechts ausgeschlossen, da der mit Verwaltungsaufgaben befaßte Private eben nicht innerhalb der Staatsorganisation steht.[1)]

Gleichwohl ist denkbar, daß der durch Weisungsgebundenheit, Aufsicht etc. eng an den Staat gebundene Private den Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst vom Effekt her gleichsteht.
Grundvoraussetzung für eine Gleichbehandlung ist, daß Art.33 Abs.5 GG auf alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes anzuwenden wäre.
Letzteres wird von THIEME[2)] aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte gefolgert. WACKE[3)] bedient sich zur Begründung des systematischen Zusammenhangs zwischen Art.33 Abs.4 und Abs.5 GG.

Wenn Art.33 Abs.4 GG von Angehörigen des öffentlichen Dienstes spricht, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, so setzt dies logisch einen weiteren Kreis von Angehörigen des öffentlichen Dienstes voraus, unter die auch Angestellte und Arbeiter zu subsumieren sind.[4)] Aber ebenso wie der Relativsatz

---

1) vgl. in diesem Sinne auch: MARTENS, Öffentlich, S.132

2) aaO, S.36

3) aaO, S.27 ff

4) vgl. E.R.HUBER DVBl 1952, S.45 und ders., WVwR I, S.544; v.MANGOLDT-KLEIN, GG II, S.812 f. MICHAELIS, Diss., S.64

des Absatzes 4 eine Verkürzung enthält[1], ist auch das Recht des öffentlichen Dienstes i.S.d. Art.33 Abs.5 GG in Relation zu den "Grundsätzen des Berufsbeamtentums" zu setzen. Wie die Entstehungsgeschichte lehrt, waren Art.33 Abs.4 und Abs.5 GG zunächst in einem Absatz (Art.27 a) zusammengefaßt.[2] Auch im weiteren Verlauf der Diskussion wurde nur das Berufsbeamtentum angesprochen.[3] In seiner endgültigen Fassung knüpft Art.33 Abs.5 GG an die Verkürzung an, die er durch Absatz 4 in seiner Beschränkung auf Berufsbeamte gefunden hatte.[4] In Hinblick auf die Diktion in Absatz 5 "hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums" wurde auf eine Wiederholung aus redaktionellen Gründen verzichtet.

Dieses Interpretationsergebnis deckt sich mit dem Sinn des Art.33 Abs.5 GG.[5] Offensichtlich sollte die Zweiteilung des öffentlichen Dienstes nicht aufgegeben werden, zumal sonst die im Grundgesetz anzutreffenden Differenzierungen hinfällig würden.[6] Deutlich wird dies schon in der Einräumung eines Funktionsvorbehalts zu Gunsten des Berufsbeamten gemäß Art.33 Abs.4 GG.[7]

---

1) der Ausdruck Beamtentum wurde hier aus redaktionellen Gründen nicht gewählt, so: JÖR Bd.1, Art. 33 , zu Abs.4 BRINKMANN, GG, Art.33 I 5 c und d; LINDGEN, DÖD 1972, S.1; LEIBHOLZ-RINCK, GG, Art.33 Anm.3

2) JÖR Bd.1, S.320; vgl. dazu auch WILHELM, DÖV 1966, S.221 (223)

3) JÖR Bd.1, S.321

4) JÖR Bd.1, S.323; vgl. insgesamt auch PFENNIG, aaO, S.72 ff; zum historischen Hintergrund ELLWEIN/ZOLL, aaO, S.67 ff

5) vgl. dazu MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.33 Rdnr.48; wie hier auch BVerfGE Bd.16, S.94 (110)

6) vgl. im einzelnen die Hinweise bei PFENNIG, aaO, S.75 ff

7) siehe dazu die Nachweise oben S.98FN.1 und 2

Damit korrespondiert die gesteigerte Pflichtigkeit der Beamten einerseits[1] und die Fürsorgepflicht des Staates andererseits.[2] Gerade die Berufsbeamten sind in loyaler Pflichterfüllung an den Staat gebunden und sollen damit eine kontinuierliche Aufgabenerfüllung, einen stabilen Ausgleich für politische Faktoren im Staatsleben gewährleisten.[3] So ist die Integration des Beamten in den Staat der ideellen Grundlage nach auf Lebenszeit angelegt bzw. wird das besondere Treue- und über normale Arbeitsverträge hinausgehende Abhängigkeitsverhältnis seitens des Staates durch Alimentation und Fürsorge honoriert.[4] Da also die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst von Art.33 Abs.5 GG nicht erfaßt werden, scheidet auch der für funktionell gleiche Tätigkeiten in Dienst genommene Private aus der weiteren Betrachtung aus.

---

1) siehe die vergleichende Betrachtung bei JUNG, aaO, S.181 ff.; ferner BENZ, aaO, S.51 ff, WIESE, aaO, S.259 ff; zu den Rechten und Pflichten der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst: RÖSNER, Diss., S.26 ff; zur Qualität der Beamtentätigkeit als Lebens- und Hauptberuf: BVerfGE Bd.9, S.268 (286)

2) vgl. Darstellung und Nachweise bei MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.33 Rdnr.68 f., ferner LEISNER, AÖR Bd.93, S.161 (177)

3) dazu BVerfGE Bd.7, S.155 (162); LEIBHOLZ-RINCK, GG, Art.33 Anm.3; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.33 Rdnr.32

4) vgl. auch BVerfGE Bd.21, S.345 f.; insgesamt WIESE, aaO, S.280

3. Beamtenrechtsähnliche Stellung Beliehener

Übrig bleibt der Beliehene, der mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet staatliche Agenden wahrnimmt. Dessen beamtenrechtsähnliche Stellung [1] wird in den Fällen besonders augenfällig, in denen der angesprochene Beruf früher zumindest teilweise von Angehörigen des öffentlichen Dienstes wahrgenommen wurde.
So wird das Notariat heute im Bundesgebiet bis auf Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz von im Sinne dieser Untersuchung Privaten wahrgenommen.[2] Der Funktion nach handelt es sich um dem Notar übertragene staatliche Agenden. Überdies ist es mit hoheitlichen Befugnissen i.S.d. Art.33 Abs.4 GG ausgestattet. Dagegen sah die vor Erlaß der Reichsnotarordnung [3] geltende Regelung Mischformen zwischen beamteten und privaten Notaren vor. [4] Auf Grund der besonderen Besoldungsart werden sie bereits wie die gleichfalls beliehenen Bezirksschornsteinfeger [5] und die beamteten Gerichtsvollzieher als Gebührenbeamte bezeichnet. [6] Die Angleichung der Besoldung ist aber nicht konsequent durchgeführt, da letztere am Gebührenaufkommen nur beteiligt sind, im übrigen Grundgehälter beziehen. [7]

---

1) Zur Stellung der Fleischbeschautierärzte: WINCKELVORS, GewArch 1964, S.97 f; zur Qualifizierung als öffentl.-rechtl. Dienstverhältnis vgl. BVerwGE Bd. 29, S. 166; dazu aber auch Hans J. WOLFF, VwR Bd. 2, § 1o4 III
2) zur Rechtsstellung als Beliehener: KRUSE, Diss., S. 52 ff.; BRAND, Diss., S. 23; MICHAELIS, Diss., S. 116 ff m.w.N.; Hans J. WOLFF, VwR Bd. 2 § 1o4 II b; vgl. dagegen MENNACHER, Diss., S, 149
3) vom 13. Februar 1937 (RGBl I, S. 191)
4) zur historischen Entwicklung: PFENNIG, aaO, S. 54 ff
5) vgl. OLG Hamm NJW 1972, 2o88 mit Anm. BURRICHTER, NJW 1973, S. 192 ff.; siehe auch die differenzierende Darstellung von UBER, aaO, S. 18o ff; vgl. BENDER, aaO, S. 11o; MENNACHER, Diss., S. 148; BRAND, Diss., S. 22
6) vgl. im einzelnen PFENNIG, aaO, S. 55
7) vgl. ebenda

Einen hinsichtlich der Entgeltregelung interessanten Fall stellen auch die Sachverständigen bei anerkannten Technischen Überwachungsvereinen [1] dar. Nach den einschlägigen Verordnungen der Landesregierungen über die Organisation der technischen Überwachung ist ihnen "eine der Besoldung der vergleichbaren Beamten des Bundes oder des Landes angeglichene Vergütung sowie eine Alters-, Hinterbliebenen- und Dienstunfähigkeitsversorgung zu gewähren". [2]
Aber auch diese Regelung ist nicht aus Art. 33 Abs. 5 GG ableitbar bzw. über diese Vorschrift zu verallgemeinern. Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse i.S.d. Art. 33 Abs. 4 GG ist zwar unter dem Aspekt eines Funktionsvorbehalts zu Gunsten des Berufsbeamten symptomatisch, aber nicht Rechts-

---

1) Die Qualifizierung als Teil öffentlicher Verwaltung wird zunehmend anerkannt; vgl. zum TÜV-Sachverständigen als Beliehenem: BENDER, aaO, S. 11o; BGH JZ 1968, S. 298 = DÖV 1968, S. 133; SAUER, DVBl 197o, S. 486; LG Berlin, NJW 1967, S. 1663; vgl. ferner E.R. HUBER, WVwR Bd. 1, S. 542, Bd. 2, S. 8o1; VOGEL, aaO, S. 82; CANTNER, Diss., S. 53 f.; BRAND, Diss., S. 21; MENNACHER, Diss., S. 146
dagegen: FORSTHOFF-MÜLLER, Gutachten, S. 28, 35 SIEBERT, Rechtsstellung; S. 44; OVG Lüneburg NJW 1968, S. 468 (469); HERSCHEL, NJW 1969, S. 818 (82o);
vgl. ferner zum anerkannten Prüfingenieur: BVerwG, BayVBl 1972, S. 444 (445)

2) so der Text des § 6 Abs. 6 VO Baden-Württemberg vom 6.7.1965 (GBl S. 177); ähnlich die Formulierung in § 6 Abs. 6 VO Nds. vom 22.8.1962 (GVBl S. 144); § 6 Abs. 6 VO NRW vom 2.12.1959 (GVNW S. 174) i.d.F. vom 1.8.1961 (GVNW S. 266)

grund für eine Regelung nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Zum einen sieht Art.33 Abs.4 GG ausdrücklich eine dem Grundsatz der quantitativen Beschränkung [1] folgende Durchbrechung des Vorbehaltssatzes vor. Zum anderen ist das Vertrauen des Staates in die Loyalität der Beamten Grund für die Einrichtung des Vorbehalts, jener aber nicht notwendig mit dem Beamtenstatus verbunden.

Eine Vergleichbarkeit der Symptome vermag die erforderliche Identität des Rechtsgrundes nicht zu ersetzen. Somit kann Art.33 Abs.5 GG nicht als Rechtsgrund für die staatliche Finanzierung der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private dienen.

---

1) BVerfGE Bd.9, S.268 (284); Hans J. WOLFF, VwR II, § 104 II b; BRAND, Diss. S.31; E.R. HUBER, DVBl 1952, S.459; MICHAELIS, Diss. S.149

V. Die staatliche Finanzierungspflicht

Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß die an der Antinomie von Staat und Gesellschaft orientierten Versuche, aus dem Entschädigungssystem eine staatliche Finanzierungspflicht für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben abzuleiten, unbefriedigend sind. Sie knüpfen ihrem inneren Grunde nach immer an erfolgte oder potentielle Grundrechtsverletzungen durch die Übertragung an.
In den Ausführungen zur Subventionspraxis findet sich die Verlagerung des Schwergewichts vom Übertragungsakt fort auf den Ausgleich für die Wahrnehmung selbst, zeigt in der exemplarischen Erörterung des öffentlichen Personennahverkehrs die Schwächen einer auf den Gleichheitssatz gestützten Argumentation. Schließlich führt die Erkenntnis, daß Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zwar nicht öffentlicher Dienst im Sinne des Art.33 Abs.5 GG, aber staatliche Verwaltung ist, zur Frage nach der für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben geltenden Finanzierungsregelungen.

1. Problemsicht

Vor diesem Hintergrund ist auch der im Streit um die Finanzierung privater Aufgabenwahrnehmung wiederholt vorgetragene, aber kaum belegte Satz zu verstehen, daß Aufwendungen für die Veranstaltungen der öffentlichen Hand aus den öffentlichen Haushalten abgedeckt werden müsse[1], dem Staat die allgemeine Kostentragungspflicht für staatliche Verwaltungsaufwendungen obliege.[2]

---

1) KONOW, DÖV 1972, S.25 (27)

2) SCHLOTKE, Diss., S.26; davon geht auch HELDEMANN, StGB 1973, S.193 (194) aus

a) Finanzierung kommunaler Aufgaben

Ein Anhaltspunkt für diese These könnte sich aus einem Vergleich mit der Finanzierung gemeindlicher Aufgaben ergeben. Sowohl das Grundgesetz als auch die Landesverfassungen sehen Ausgleichspflichten des Bundes bzw. der Länder für die den Gemeinden auferlegten Lasten vor.

In Art.1o6 Abs.8 GG kommt dies darin zum Ausdruck, daß der Bund für von ihm veranlaßte besondere Folgekosten aufzukommen hat.[1] Über die Beteiligung am Steueraufkommen hinaus partizipieren die Gemeinden als Teil der Länder am Lastenausgleichssatz des Art.104 a GG, der unmittelbar nur zwischen Bund und Ländern wirkt.[2] Die Finanzverantwortung der Länder ergibt sich wiederum aus den einschlägigen Vorschriften der Landesverfassungen. Korrespondierend mit den Gemeindeordnungen soll[3] bzw. darf[4] eine Übertragung von Aufgaben auf die Gemeinden nur erfolgen, wenn für die Kostendeckung Sorge getragen ist.[5] Ebenso wie die finanzverfassungsrechtlich abge-

---

1) vgl. insgesamt VOGEL/WALTER, BK, Rdnr.127 ff

2) dazu NIEMEIER, aaO, S.173 f.

3) vgl. Art.137 Abs.5 LVerf Hessen; Art.49 Abs.5 LVerf. Rheinland-Pfalz

4) vgl. Art.83 LVerf Bayern; Art.44 LVerf Niedersachsen; Art.78 LVerf NRW; Art.41 LVerf Schleswig-Holstein; § 5 nds GemO; § 3 nw GemO; Art.8 Abs.4 bayGemO

5) vgl. auch die Nachweise bei HEIDORN, Diss., S.104 f.

sicherte Einnahmeverteilung[1] berücksichtigt dies aber primär nur die von Art.28 GG getragene besondere Stellung der Gemeinden im Gefüge der bundesstaatlichen Wahrnehmungszuständigkeiten. Die im Zusammenhang mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht stehenden Verpflichtungen der Länder bedeuten zugleich Garantie der Finanzhoheit der Gemeinden und Finanzierungsverantwortung der Länder für von ihnen veranlaßte Ausgaben.[2] Eine vergleichende Betrachtung hat der besonderen Absicherung durch Art.28 GG Rechnung zu tragen.

b) Gewährträgerhaftung und Garantiepflicht

Einen weiteren Ansatz bieten die in der Literatur zur kommunalen Gewährträgerhaftung[3] entwickelten Gedanken.[4] Nach STERN und BETHGE[5] ist diese aus dem Sparkassenrecht bekannte gesetzliche Pflicht des Trägers, bei Zahlungs-"insuffizienz"[6] für seine Sparkasse einzutreten, Ausdruck eines allgemeinen Prinzips.
Historisch beruht die gemeindliche Gewährträgerhaftung darauf, daß die Sparkassen früher unselbständige Einrichtungen waren.[7] Sie wurden also

---

1) Problemübersicht und Nachweise bei HEIDORN, Diss., S.116 ff.

2) vgl. HEIDORN, Diss., S.126 ff.; STERN, Grundfragen, S.79 ff.

3) vgl. Hans J.WOLFF, VwR Bd.2, § 100 II c 1

4) vgl. insgesamt: CLAUSEN, Sparkasse, S.32 ff.; KEIL, Diss., S.69; HEINEN, Diss., S.108; PAGENKOPF, Komm R, S.357 mit weiteren Nachweisen

5) Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, S.82 FN 237

6) so pr.OVG, PrVwBL Bd.19 (1897/98), S.280 (281)

7) dazu und zum folgenden: STERN/BURMEISTER, Die kommunalen Sparkassen, S.26 f.; KEIL, Diss., S.69 f.; GRÖTTRUP, Leistungsverwaltung, S.172 ff.

unmittelbar in der gemeindlichen Verwaltungsorganisation geführt bzw. das Unternehmensergebnis wurde nicht gesondert bilanziert. Trotz rechtlicher Verselbständigung dieser Institute wurde bis heute auf eine Ausstattung mit eigenem Grundkapital verzichtet. Dafür übernimmt die Gemeinde kraft Gesetz die Ausfallbürgschaft gegenüber dem Gläubiger[1]. Insoweit handelt es sich um eine Garantie im Außenverhältnis.[2]
Im Anschluß an das pr. OVG[3] hat sich die Überzeugung gefestigt, daß diese Gewährträgerhaftung auch in das Innenverhältnis von Gemeinde und Sparkasse hineinwirke[4], daraus die Pflicht zur Abdeckung einer Unterbilanz resultiere. Allerdings sei dies nur im Rahmen der Kommunalaufsicht durchsetzbar.[5]
Angesichts der historischen Entwicklung sollten nach der Haftungsintention aber nur die Gläubiger geschützt werden. Gleichwohl meinen STERN und BURMEISTER[6] anknüpfend an das pr. OVG[7], daß die Gemeinden schon deshalb zum Nachschuß verpflichtet sind, um die Sparkassen zur Erfüllung ihrer Aufgaben instand zu setzen bzw. zu halten. Erst wenn die Aufgabe als solche hinfällig wird, entfalle auch die Finanzierungsverantwortung[8].

---

1) zu den gesetzlichen Grundlagen vgl. die Nachweise bei den belegten Autoren

2) so auch die Ansicht von: STERN/BURMEISTER, Die kommunalen Sparkassen, S.26
undifferenziert: CLAUSEN, Sparkasse, S.35;
vgl. TWIEHAUS, Kreditinstitute, S.46, aber auch S.48

3) pr. OVG, Pr.VwBl Bd.19 (1897/98), S.280 ff.

4) CLAUSEN, Diss., S.35; HEINEN, Diss., S.1o8 m.w.N.

5) KEIL, Diss., S.69; HEINEN, Diss., S.110

6) Die kommunalen Sparkassen, S.27

7) PrVwBl Bd.19 (1897/98), S.28o (281)

8) vgl. LOHR, Satzungsgewalt, S.29

Ähnliche Gedanken tauchen im Versicherungsrecht auf, wenn die Gemeinden als Träger der Allgemeinen Ortskrankenkassen nachschußpflichtig werden, sobald diese ihre Regelausgaben nicht mehr über Mitgliedsbeiträge abdecken können.[1] Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts[2] - und damit wird wieder der Bezug zum Finanzverfassungsrecht hergestellt - bewirkt allerdings Art.120 GG eine Verlagerung der Aufgabenverantwortung auf den Bund. Da die Ausgabenverantwortung der Aufgabenverantwortung folgt, die Gemeinden Teil der Länder sind, soll sich der Anspruch der Kassen gegen die Gemeinden nunmehr gegen den Bund richten. Trotz der im einzelnen kritisch zu würdigenden Annahme einer unmittelbaren Haftungsverlagerung, der ungelösten Frage nach der Aktivlegitimation der AOK gegenüber dem Bund[3], wird dem Grundgedanken, daß die Ausgabenverantwortung der Aufgabenverantwortung folgt,weiter nachzugehen sein.

c) Arbeitshypothese

Ähnlich hält auch OETTLE[4] eine Haftung der öffentlichen Hand für gegeben, wenn öffentliche Unternehmen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Schwierigkeiten geraten. Der all diesen Ansichten zu Grunde liegende Satz, daß der Staat für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben verantwortlich ist und darum auch die Finanzierungs-

---

1) so § 389 RVO; aber auch nur dann, wenn eine Vereinigung von mehreren Ortskrankenkassen die defizitäre Entwicklung nicht behebt.

2) BSG, Dem Gem 1972, S.1198

3) zu Art.12o GG F.KLEIN, Gemeinschaftsaufgaben, S.125 (165 ff)

4) Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen Bd.8, S.193 (207, 210,224)

verantwortung trägt, soll den nachfolgenden Ausführungen als Arbeitshypothese vorangestellt werden. Die Frage, ob damit auch ein Anspruch des Privaten korrespondiert, ist davon gesondert zu prüfen.

2. Private und staatliche Wahrnehmungszuständigkeit

Die Suche nach einem im Sinne der Arbeitshypothese allgemeinen Ausgleichssatz wird dadurch erschwert, daß sie verschiedene Ebenen zu berücksichtigen hat. Einerseits, und daran knüpfen die finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften der Art.1o4a ff GG an, geht es um die Zuweisung sachlicher Zuständigkeiten, um die Kompetenzverteilung im föderalistischen Verfassungsgefüge. Wird die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private hiervon nicht erfaßt, bliebe andererseits für eine vergleichende Betrachtung der finanziellen Abhängigkeit zwischen dem Muttergemeinwesen und seinen Unternehmungen kein Raum mehr.

a) Finanzverfassungsrechtliche Ausgangslage

Für das gesamte Finanzverfassungsrecht zentral bedeutend ist der in Art.1o4 a GG statuierte Lastenverteilungsgrundsatz. Diese durch Grundgesetzänderung von 1969 eingefügte Norm stellt klar, daß Aufgaben- und Ausgabenverantwortung in grundsätzlich unlösbarem Zusammenhang miteinander stehen.[1] Die an Art.1o6 Abs.4 Ziff.1 GG(a.F.

---

1) siehe dazu: PATZIG, DVBl 1969, S.429 (432); zum folgenden auch: STURM, DÖV 1968, S.466 (470) mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ebenso MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.1o4 a Rdnr.9 ff.; vgl. aber auch ERICHSEN, Konnexität passim

angelehnte Formulierung des Art.104 a Abs.1 GG verdeutlicht im systematischen Zusammenhang mit den Absätzen 2 bis 5 die Verknüpfung von Ausgabenverantwortung und Verwaltungszuständigkeit. Nicht derjenige ist für die Erfüllung einer Aufgabe schon verantwortlich, der sie per Gesetz oder sonstwie formuliert[1], sondern derjenige, dem eine Angelegenheit auf bundesstaatlicher Ebene zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung zugewiesen ist.

Der Diktion nach scheint die Annahme gerechtfertigt, daß damit die prinzipielle Finanzierungsverantwortung desjenigen statuiert wird, der letztlich für die Erfüllung einer Aufgabe verantwortlich zeichnet. Eine solche Loslösung von nur bundesstaatlich orientierter Konnexität zwischen Aufgaben- und Ausgabenverantwortung, eine Erweiterung auf das Verhältnis zwischen dem Träger der Aufgabenverantwortung und einem in die Erfüllung eingeschalteten Dritten wird durch den systematischen Zusammenhang mit den Art.105 ff.GG zumindest nicht unmittelbar bestätigt.

Die Aufgabenverantwortung ist insoweit Richtschnur für die Verteilung des Steueraufkommens[2], als diese wiederum Pendant zur Ausgabenverantwortung ist. Die Einbeziehung der historischen Entwicklung,[3] der teleologisch interpretierte Bedeutungs-

---

1) vgl. HENLE, DÖV 1966, S.608 (613 f.) zur Lage schon vor der Grundgesetzänderung

2) Die Einbeziehung der Gemeinden ist nur scheinbar systemsprengend, da sie lediglich ihrer besonderen Bedeutung innerhalb der Länder gerecht wird.

3) vgl. etwa MAUNZ, Rundfunk, § 32 I

inhalt des gesamten Finanzverfassungsrecht zeigt vielmehr die Parallelität zwischen vertikal wirkenden Kompetenznormen des Grundgesetzes und finanzieller Absicherung der Eigenständigkeit von Bund und Ländern.[1)]
Art.1o4 a GG rekurriert also auf die Verteilung der Aufgaben im bundesstaatlichen Verfassungsgefüge,[2)] folgt in seinem Absatz 2 auf der Ausgabenseite den Besonderheiten, wie sie sich aus der Auftragsverwaltung ergeben.[3)]
Gleichwohl setzt dies logisch voraus, daß die angesprochenen Länder bzw. der Bund auch zur Finanzierung ihrer Aufgaben verpflichtet sein können. Finanzverfassungsrechtlich erfaßbar sind aber nur die Aufgaben, die in die sachliche Zuständigkeit von Bund oder Ländern fallen. Das bedingt die Klärung der Frage, inwieweit die private Erfüllung von Verwaltungsaufgaben eine endgültige Verlagerung bedeutet.

b) Private im föderalistischen Kompetenzsystem

Die Frage nach der Einordnung Privater im System bundesstaatlicher Aufgabenverteilung entspricht in etwa den vom Bundesverfassungsgericht[4)] entwickelten Gedanken zur Parteienfinanzierung.
Im Umkehrschluß aus seiner Begründung soll den

---

1) vgl. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, GG, Art.104 a Rdnr.1; HESSE, Bindung, S.104 f.

2) SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, GG, Art.104 a Rdnr.1

3) vgl. im einzelnen und zur Differenzierung zwischen Zweck- und Verwaltungsausgaben: SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, GG, Art.104 a Rdnr.5; PATZIG, DVBl 1969, S.429 (432)

4) BVerfGE Bd.2o, S.56 (101)

Staat nur dann eine Finanzierungspflicht [1] treffen, wenn jemand zum Bereich institutionalisierter Staatlichkeit gehört. Diese begrifflich wenig präzise Feststellung [2] deutet aber zumindest an, daß es auf die Affinität privater Aufgabenerfüllung zur staatlichen Verwaltungsorganisation ankommt.

Nach nahezu einhelliger Auffassung werden nun weder Beliehene noch sonstige mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraute Private von den Vorschriften der Art. 83 ff GG ausgeschlossen. [3] E.R.HUBER [4] weist darauf hin, daß der Begriff Behörde in Art. 84 GG als Stellen oder Organe im nicht-rechtstechnischen Sinne zu verstehen, also nicht Ausdruck einer besonderen Verwaltungsstruktur ist.[5] Es kommt hier also nicht darauf an, etwa den Beliehenen als Organ qualifizieren zu können. Nach den Materialien hatte der Verfassungsgeber im Abschnitt VIII des Grundgesetzes vielmehr die Verteilung von Wahrnehmungszuständigkeiten für die Erfüllung staatlicher Aufgaben im

---

1) im Gegensatz zu ihrem Rechtsgrund nach freiwilligen Zuwendungen

2) so meint GÖTZ, Wirtschaftssubventionen, S. 252, es komme auf die Institutionalisierung der Finanzbelange in der Verfassung an, rechnet dazu das Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 5 GG), die Kirchen (Art. 14o GG) und überdies die Parteien (Art. 21 GG)

3) vgl. BROHM, Wirtschaftsverwaltung, S. 215; GREß, SKV 1967, S. 124; E.R. HUBER, WVwR Bd. 1, S. 54o; v. MANGOLDT-KLEIN, GG Bd. 2, S. 2o68; MICHAELIS, Diss., S. 63; OSSENBÜHL, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 163; dagegen aber REUß, GrdR II/1, S. 13o f.

4) WVwR Bd. 1, S. 54o f.

5) so auch MICHAELIS, Diss. S. 127; dagegen aber OBERMAYER, Verwaltungsakt S. 61

Auge[1] und diente damit der Dekonzentration von Verwaltungsmachtbefugnissen.[2] Die Einbeziehung vorverfassungsmäßiger Vorstellungen in das Grundgesetz[3], die Kenntnis des Verfassungsgebers von dem dem deutschen Staatsrecht seit langem bekannten Institut der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Postate rechtfertigt die Annahme, daß diesen Privaten keine Sonderstellung außerhalb der allgemeinen sachlichen Zuständigkeit von Bund oder Ländern eingeräumt werden sollte[4]. Einerseits wird die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private nicht durch Art.30,83 ff GG beschränkt. Andererseits bleibt auch die Privaten übertragene staatliche Aufgabe im Sinne der Art.83 ff GG Angelegenheit des Bundes oder der Länder, da auf bundesstaatlicher Ebene kein weiterer selbständiger Verwaltungsfunktionsträger vorgesehen ist.[5]

---

1) zu den Materialien vgl. JÖR Bd.1, S.621

2) hier nicht ausschließlich im Sinne von Einwirkungsbefugnissen im Außenverhältnis zum Bürger gedacht.

3) dazu OSSENBÜHL, DÖV 1965, S.656 m.w.N.

4) vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.87 Rdnr.38; OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.163

5) vgl. zur Sonderstellung der Parteien: MENGER, AÖR Bd.78, S.148 (161 f.)

c) Stellung in der Staatsverwaltung

Zur Herstellung einer Vergleichslage mit der Finanzierung staatsinterner Aufgabenerfüllung wird im folgenden auf die Stellung des Privaten in der staatlichen Verwaltung eingegangen.
Wie eingangs bereits dargelegt, ist der Private als rechtlich selbständiger Träger öffentlicher Verwaltung nicht in die unmittelbare Staatsverwaltung integriert.[1] Nach Ansicht von BACHOF [2] gehört die "Wahrnehmung öffentlicher (funktionell 'staatlicher') Aufgaben durch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts" auch nicht zum Bereich mittelbarer Staatsverwaltung.[3] Die Problematik liegt darin, daß mittelbare Staatsverwaltung begrifflich staatsorganisatorische und -funktionelle Elemente in sich vereinigt. Nach Bachof käme es darauf an, daß die staatlichen Funktionen öffentlich-rechtlich organisierten Trägern zugewiesen sind.[4] Dem scheint auf Bundesebene die Differenzierung in Art.86 Satz 1 GG zwischen bundeseigener Verwaltung und Verwaltung durch bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts

---

1) siehe oben S.4ff

2) AöR Bd.83, S.208 (232)

3) ähnlich PÜTTNER, Unternehmen S.319; vgl. dagegen Th. SCHRAMM, Staatsrecht S.178 m.w.N.

4) vgl. auch W. WEBER, Körperschaften S.68, da bei privater Rechtsform Körperschafts- und Anstaltscharakter entfielen; in diesem Sinne vgl. auch SCHACK, JZ 1966, S.640; ferner ZEIDLER, VVDStRL Bd.19, S.208 (211 FN 15) zur Figur des Beliehenen, der nicht Verwaltungsträger sein könne, da seine Stellung nur von der Ausstattung mit obrigkeitlichen Mitteln abhängt.

zu entsprechen. Dies weist die Aufteilung zwischen - organisatorisch begriffen - unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung auf. Letztere liegt aber immer dann vor, wenn sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben der Hilfe anderer, ihrer Organisationsform nach selbständiger Rechtssubjekte bedient, indem er diesen seine Aufgaben überträgt. [1] Da selbst Art. 86 Satz 1 GG öffentlich-rechtliche Organisationsformen nur als Beispiel [2] für funktionell bundesunmittelbare, aber organisatorisch mittelbare staatliche Verwaltung nennt, wird auch die Tätigkeit Privater nicht ausgeklammert. [3] Sie sind ebenso wie juristische Personen des öffentlichen Rechts Träger öffentlicher Verwaltung [4] einerseits und Glied der Staatsorganisation [5] andererseits.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der Private mangels Integration durch die Aufgabenübertragung der Staatsorganisation nur angegliedert wird. Als rechtlich selbständiger Träger öffentlicher Verwaltung gehört seine Tätigkeit zum Bereich mittelbarer Staatsverwaltung. [6] Hinsichtlich der an einen

---

1) vgl. dazu Hans J. WOLFF, VwR Bd. 1, § 4; so BACHOF, AöR Bd. 83; S. 2o8 (231)

2) so v. MANGOLDT-KLEIN, GG, Art. 86 Anm. III 2 b

3) undifferenziert: MAUNZ, Rundfunk § 28 I 2, der nicht zwischen Organisationsform des Aufgabenträgers und der Aufgabenerfüllung unterscheidet.

4) Hans J. WOLFF, VwR Bd. 1, § 4 I a vgl. EHLERMANN, Wirtschaftslenkung S. 64 zum Privaten als Träger öffentl. Selbstverwaltung; dies kennzeichnet hier entgegen MICHAELIS (Diss. S. 13o) nur in besonderer Weise die Selbständigkeit des Aufgabenträgers.

5) vgl. Hans J. WOLFF, VwR Bd. 2, § 74 I, II; ferner TERRAHE, Diss. S. 85 ff; MICHAELIS, Diss. S. 128; insbesondere zum Indienstgenommen: GAUSE, Diss. S. 1o6; jeweils mit weiteren Nachweisen und Darstellung des Problemstandes; insgesamt Hans J. WOLFF, Vertretung S. 252

6) so auch v. MANGOLDT-KLEIN, GG, Art. 86 Anm. III 2 b, Art. 87 Anm. VI 6 a

Bestand von Verwaltungsaufgaben anknüpfenden Kompetenzbestimmungen der Art. 83ff GG nimmt er Teil an der Stellung derjenigen Körperschaft, die ihm die Verwaltungsaufgabe überträgt, von der er seine sachliche Zuständigkeit ableitet.

d) Ausgestaltung nach Auftragsgrundsätzen

Die Feststellung, daß die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private ebenso wie die Verwaltungstätigkeit rechtlich selbständiger öffentlich-rechtlicher Organisationen als mittelbare Staatsverwaltung zu qualifizieren ist, gestattet die vergleichende Betrachtung der für letztere geltende Finanzierungsregeln. Hierfür bietet sich zunächst die Heranziehung der im bürgerlichen Recht für Auftragsverhältnisse geltenden Regeln an.

Nach zum Teil in Literatur [1] und Rechtsprechung [2] vertretener Auffassung ist das Innenverhältnis zwischen Staat und Privaten als öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis zu qualifizieren.[3] Nach Hans J. WOLFF [4] ist damit die Abgrenzung gegenüber öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen angesprochen. Für MICHAELIS [5] hebt sich die umfassende Rechte- und Pflichtenbeziehung im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses von den sog. besonderen Gewaltverhältnissen ab.

---

1) Hans J. WOLFF, VwR Bd.2 § 104 III; LEISNER, AÖR Bd.93, S.161 (192); MICHAELIS, Diss. S.183

2) BVerwG, BayVBl 1972, S.444 (445)

3) völlig ablehnend, für unmittelbare Anwendung des BGB SCHACK, JZ 1966, S.640 (641)

4) VwR Bd.2, § 104 III

5) MICHAELIS, Diss. S.183; er differenziert also nicht zwischen Grund- und Betriebsverhältnis; vgl. auch STEINER, DÖV 1970, S.526 (530)

HEINZE [1] leitet daraus die analoge Anwendbarkeit der für bürgerlich-rechtliche Auftragsverhältnisse geltenden Ausgleichsansprüche ab, deren Umfang allerdings durch die Beschränkung auf die Erstattung notwendiger Aufwendungen ungewiß ist.[2] Die Gewährung eines Anspruchs aus Geschäftsführung im [3] oder ohne [4] Auftrag wird überwiegend, mit zum Teil divergierenden Begründungen abgelehnt.[5]
Die auch im Rahmen der Auftragsverwaltung auf Bund-Länder-Ebene und in der Beziehung Länder-Gemeinden[6] angesprochene Problematik leidet unter dem bürgerlich-rechtlich vorgeprägten Begriffsverständnis. So sollen für die Landesverwaltung im Auftrage des Bundes die im BGB normierten Auftragsgrundsätze allgemein [7] oder zumindest im Bereich vereinbar-

---

1) Verteilung S.100

2) dazu vgl. KROHN, BB 1969, S.1233 (1236f); hier allerdings nicht ganz einschlägig, da der Arbeitnehmer Auftraggeber für die Abführung von Lohnsteuer durch den Arbeitnehmer sein soll.

3) vgl. hierzu LEISNER, AÖR Bd.93, S.161 (192); Hans H. KLEIN, DVBl 1968, S.129 (130ff); SCHACK JZ 1966, S.640(641)

4) vgl. insgesamt zur GoA im öffentlichen Recht: HOEPFFNER, Diss. passim; ferner: BAUR, DVBl 1965, S.893; Hans H. KLEIN, DVBl 1968, S.129 und 166; MAURER, JuS 1970, S.561; SCHACK, JZ 1966, S.649

5) vgl. MENGER-ERICHSEN, VerwArch Bd.57 (1966), S.377 (378); LANGE, DVBl 1971, S.775 (779); Hans H. KLEIN, DVBl 1968, S.129(133); IPSEN, AÖR Bd.90 (1965), S.393 (426f); vgl. auch ENNECCERUS-LEHMANN, aaO § 165 und ERMAN, NJW 1965, S.421 dazu, daß GoA seiner Struktur nach momentanes Einspringen für einen anderen bedeutet, ausgerichtet auf einen einmaligen, endgültigen Erfolg

6) vgl. dazu die ablehnende Stellungnahme von PAPPERMANN, Ansprüche S.14ff

7) vgl. GRIFFEL, DÖH 1957, S.246; GODSCHALK, RiA 1959, S.232

barter [1] Auftragsverwaltung gelten [2]. Die Kritik setzt daran an, daß es sich in der Regel weder hier noch im Verhältnis zwischen Staat und Privatem um vertragliche Vereinbarungen handelt. Ist zwar für die Existenz von Aufträgen ein Vertragsabschluß begrifflich nicht notwendig, da dieser auch durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes durch Verwaltungsakt ersetzt werden kann, so bedarf es jedoch für die analoge Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Auftragsvorschriften einer Identität in der von den §§ 662 ff BGB vorausgesetzten Interessenlage. [3] Danach muß ein besonderes Vertragsverhältnis [4] zwischen zwei einander gleichgeordnet gegenüberstehenden Partnern entstanden sein. [5] Eben dies ist aber in der überwiegenden Zahl der Einschaltung Privater in die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben nicht der Fall. Überdies dürfte gerade auch bei vertraglicher Inpflichtnahme die Regelung des finanziellen Entgelts wenig kritisch werden, da sie von den Partnern frei ausgehandelt werden kann. [6] Darüber hinaus kann

---

1) vgl. STURM, DÖV 1966, S. 78 (81 f); im einzelnen Darstellung und Nachweise bei ACHTERBERG, DVBl 197o, S. 125 (13o)

2) siehe aber auch BVerwGE Bd. 12, S. 253 (254); BGHZ Bd. 16, S. 95 (99); HAMANN, GG, Art. 83 Anm. B 7, insbesondere zur Kostentragungspflicht Anm. B 3; dazu auch: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG Art. 85 Rdnr. 8; vgl. ferner TRIEPEL, Delegation, S. 273; zu Art. 85: Hans H. KLEIN, DVBl 1968, S. 131

3) SCHACK, JZ 1966, S. 64o (641)

4) ACHTERBERG, DVBl 197o, S. 125 (13o)

5) vgl. zur Beleihung durch öffentl.-rechtl. Vertrag und Qualifizierung als Auftragsverhältnis: HOEPFFNER, Diss. S. 91; wie hier auch: LANGE, DVBl 1971, S. 775 (779)

6) dazu: EHLERMANN, Wirtschaftslenkung, S. 149

auch bei analoger Anwendung des § 670 BGB nur Aufwendungsersatz geleistet werden, nicht aber Entgelt für den Einsatz persönlicher oder sachlicher Leistungskraft durch den Auftragnehmer.[1] Insoweit basiert die Geschäftsbesorgung auf Unentgeltlichkeit.

Abschließend sei darauf hingewiesen, daß für Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung schon deshalb kein Raum bleibt, weil dem Privaten im Sinne dieser Untersuchung die Verwaltungsaufgabe durch oder auf Grund Gesetzes durch Verwaltungsakt übertragen wird. Insoweit ergeben sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten nicht aus den Auftragsgrundsätzen des BGB sondern aus dem Gesetz, das die Übertragung ermöglicht.[2] Damit ist aber eine freiwillige Übernahme in oder ohne Auftrag nicht vereinbar.[3] Da also eine Regelungslücke kaum nachweisbar sein wird, zumindest aber die Interessenlage bei zwangsweiser Beauftragung nicht der des BGB entspricht, bleibt für eine analoge Anwendung kein Raum.

---

1) zu den Nachweisen vgl. PALANDT-THOMAS, BGB, § 670 Anm.2

2) so BVerwG BayVBl 1972, S.444(445) zu Prüfingenieuren

3) PAPPERMANN, aaO S.17 im Anschluß an OVG Münster, AS Bd.16, S.60 (69); IPSEN, AÖR Bd. 90 (1965), S.393 (427)
zur GoA: MAURER, JuS 1970, S.563; vgl. EHLERMANN, Wirtschaftslenkung S.61

3. Sachverantwortung

Eine Finanzierungspflicht im Sinne der Arbeitshypothese setzt weiter voraus, daß der Staat trotz Übertragung seiner Aufgaben auf Private dennoch weiter für deren Erfüllung verantwortlich bleibt.

a) Begriffliche Vorfragen

Die Sachverantwortung [1] zielt nun zunächst auf Zweckerfüllung und hebt sich insoweit von der Verwaltungsverantwortung ab. Im Rahmen der Auftragsverwaltung wird so zwischen Verantwortung des Bundes für die Sache und Verantwortung der Länder für die verwaltungsmäßige Durchführung bzw. für die Bereitstellung des Verwaltungsapparates differenziert.[2] Dies ist auf die Beziehung zwischen Übertragungskörperschaft und Privatem aber nur beschränkt übertragbar. Auch dort wird der Übertragende als Träger der Sachverantwortung, der Private als zuständig für die Ausführung angesehen. Dessen Vollzugszuständigkeit beruht jedoch auf Überlegungen zur Verschiebung sachlicher Zuständigkeiten vom Bereich unmittelbarer hin zu mittelbarer Staatsverwaltung (durch Private). Dagegen ist mit der Sachverantwortung umfassend eine staatliche Garantenstellung für die Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten gemeint, die in der

1) zum Begriff ACHTERBERG, DVBl 1970, S.125 (126)

2) daher auch die Pflicht der Länder, Verwaltungskosten der Auftragsverwaltung zu tragen: vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, GG, Art.85 Rdnr.8; HAMANN, GG, Art.83 Anm.B 3; SCHÄFER, DÖV 1960, S.646

Staatsorganisation selbst oder von seinen Gliedern geführt wird. Sie meint also eine von der Delegation (oder Subdelegation) staatlicher Aufgaben auf unterstaatliche Organisationen unabhängige, trotz Kompetenzverschiebung gleichwohl beim Staat verbleibende Letztverantwortlichkeit. Fraglich ist nun, ob und, wenn ja, inwieweit der Staat verpflichtet ist, die tatsächliche Erfüllung einer als Aufgabe des Staates erkannten Angelegenheit sicherzustellen.

b) Demokratisches Prinzip

Zunächst bietet sich ein Rekurs auf die zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer Staatsaufsicht [1] über die ordnungsgemäße Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entwickelten Gedanken an. Die thematische Relevanz wird dadurch indiziert, daß Staatsaufsicht Symptom für die Existenz sachlicher Verantwortung ist.
Die damit angesprochene Problematik ist durch den Hinweis auf die Grundsätze parlamentarischer Verantwortlichkeit grob skizziert.[2] Politische Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament [3] oder auch ein selbstverständliches ungeschriebenes Verfassungsprinzip der quantitativen Beschränkung [4] gebietet die Staatsaufsicht. Dem steht entgegen, daß es - wenn auch in sehr be-

---

1) so die überwiegende Ansicht; vgl. Hans J.WOLFF, VwR Bd.2 § 104 III a 2; BRAND, Diss. S.69ff; H. OBERMAYER, Verwaltungsakt S.146; siehe nachfolgende Nachweise und bei MICHAELIS, Diss. S.155 FN 21
2) vgl. REUSS, Grundrechte III/1, S.130f; ZEIDLER, DVBl 1973, S.719f
3) BÖCKENFOERDE, Gleichheitssatz S.251; OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29, S.161; E.R. HUBER, WVwR Bd.1, S.544
4) E.R. HUBER, WVwR Bd.1, S.544; vgl. SALZWEDEL, VVDStRL Bd.22 (1965), S.206 (210); KRUSE, Diss. S.60 (für Notare); MICHAELIS, Diss. S.155

schränktem Maß - ministerialfreien Raum gibt. [1] BROHM [2] meint, die "Einheit des Staates" [3] sei als Argument völlig ungeeignet; dies offenbare als Relikt der Staatstheorie der konstitutionellen Monarchie nur ein in festen Aufgabenbereichen des Staates verhaftetes Denken. [4] Entgegen REUSS [5] sei Staatsaufsicht für die öffentliche Verwaltung auch nicht wesensmäßig [6], bzw. auf Verwaltung, Gesetzgebung und Rechtsprechung verstreut.
Dadurch reduziert BROHM das Problem auf die Frage nach der Funktionentrennung. Zwar geht er insoweit mit dem Bundesverfassungsgericht [7] einig, das den Verfassungsaufbau der BRD unter dem Aspekt gegenseitiger Kontrolle und Mäßigung würdigt. [8] Damit ist aber die Reichweite des demokratischen Prinzips nicht erschöpft, zumal die Notwendigkeit demokratischer Legitimation unberücksichtigt bleibt.

---

1) RASCH, Verwaltungsorganisation S. 47; ähnlich DAGTOGLOU, Beteiligung, S. 152

2) Wirtschaftsverwaltung, S. 219

3) dazu: BÖCKENFOERDE, Gleichheitssatz S. 252

4) vgl. im einzelnen: HEYEN, Beliehener, S. 59 f

5) Grundrechte III/1, S. 13o f

6) vgl. insgesamt: BROHM, Wirtschaftsverwaltung, S. 219-224 und Nachweise bei HEYEN, Beliehener, S. 58 ff

7) BVerfGE Bd. 7, S. 188; vgl. Nachweise bei LEIBHOLZ-RINCK, GG, Art. 2o Rdn. 16

8) im einzelnen zur Funktionenteilung: BVerfGE Bd. 3, S. 247; Bd. 9, S. 279; Bd. 22, S. 111; JZ 196o, S. 18 (2o)

Ausgangspunkt für die im Problemaufriß angesprochene Forderung nach staatlicher Aufsicht ist das in Art. 2o GG formulierte demokratische Prinzip. Soweit Aufsicht Folge erkannter Verantwortlichkeit ist, gehen die Gedanken zur Sachverantwortung auf die gleiche Quelle zurück. Die rechtsstaatlichen Erwägungen folgende Funktionentrennung 1), die Verteilung staatliche Gewalt auf verschiedene Funktionsträger, ist hierbei zunächst unbeachtlich. Wesentlich ist das Erfordernis dauernder [2] demokratischer Legitimation für jegliches staatliches Handeln [3]. Insoweit beruht das rechtliche Können des Staates auf dem Willen des Volkes, auf der "Anerkennung und Annahme" [4] durch das Volk. Diese vom Volk abgeleitete Fähigkeit, in staatsspezifischer Weise handeln zu können, erfordert die auf Dauer angelegte Rückkoppelung staatlicher Aufgabenerfüllung an den vom Parlament repräsentierten Volkswillen und verbietet gleichzeitig das Entlassen staatlicher Aufgaben aus diesem Bezugssystem. Weder die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern [5] noch

---

1) OSSENBÜHL, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 159; zwar bedeutet Rechtsstaatlichkeit nur formal Bindung aller an das Recht und materiell Verwirklichung idealen Rechts, erfordert von daher weder eine bestimmte Staatsform noch Funktionenteilung, so kommt dieses Prinzip in der BRD doch durch die Gewaltenteilung zum Ausdruck; vgl. STRACK, Rechtsstaat, S. 49 ff, 93 ff, 137 ff

2) HESSE, Verfassungsrecht S. 63

3) vgl. auch RITTER, JZ 1972, S. 1o7 (111) dazu, daß sich die Verwaltung ihre Legitimation nicht in einem Akt der Selbstversorgung beschaffen kann; ähnlich ZEIDLER, DVBl 1973, S. 719 ff

4) HESSE, Verfassungsrecht S. 55, 18

5) dies gilt selbst für Gemeinden insoweit, als sie trotz ihrer verfassungsrechtlich exponierten Stellung der Rechtsaufsicht unterliegen

die verschiedenen Kooperationsformen [1], die in der Tendenz zunehmende Beteiligung außerstaatlicher Gruppen an der Findung von Verwaltungsentscheidungen [2] vermögen die notwendige, durchgängige demokratische Legitimation zu ersetzen.
Unter diesem Aspekt kann auch KRÜGER [3] nicht zugestimmt werden, der nur "gesellschaftliche Kollektivgebilde", denen allein der "Charakter der Öffentlichkeit" eigen sei, für eine Beleihung in Betracht zieht. Es kommt lediglich darauf an, daß das dem Staat vorbehaltene rechtliche Können nicht zu Gunsten außerhalb des parlamentarischen Kontrollbereiches stehender quasi-staatlicher Gebilde aufgegeben werden darf. Das Gebot dauernder demokratischer Legitimation hindert die Annahme, daß der Staat sich auch nur vorübergehend seiner Verantwortung entledigen kann. Wenn er also seine Aufgaben (d.h. Rechte und Pflichten) an Dritte delegiert, kann er sich gleichwohl von einer Rückbindung nicht freizeichnen, bzw. bleibt die Sachverantwortung letztlich beim Staat.

c) Garantenstellung des Staates

Die sachliche Verantwortung des Staates wird weiter durch die Beweggründe aktualisiert und konkretisiert, die zur Formalisierung einer Tätigkeit als staatliche Aufgabe führen.

Zunächst ist festzustellen, daß das öffentliche Interesse immer Voraussetzung und Grund für die Zuweisung einer Angelegenheit zum Bereich öffent-

---

1) vgl. die Interpretation zum Personenbeförderungsgesetz von ZUCK, BB 1969, S.858f

2) vgl. auch kritisch: ZEIDLER, DVBl 1973, S.719 (727); RITTER, JZ 1972, S.107 (108)

3) Staatslehre, S.875

lich-rechtlich organisierter Betätigung sein muß. [1] Die für staatliches Handeln spezifische "salus publica" [2] ist Teil der in der Staatsorganisation (i.w.S.) [3] mitgedachten Ordnungsfunktion. Das Verständnis des Staates als Zweckschöpfung [4], als Instrument [5] findet seinen rationalen Grund in der Erkenntnis, daß es zur Sicherung des gesellschaftlichen Miteinanders einer überindividuellen [6] Zwekken folgenden Institution bedarf. [7] Zwar schwingen in deren Ausgestaltung ethisch bedingte und genetisch erklärbare Vorstellungen mit, aber gleichwohl handelt es sich um ein gewillkürtes Mittel zur Ordnung des gesellschaftlichen Miteinanders, orientiert am Wohle des Gemeinwesens. [8]

---

1) Hans J. WOLFF, VwR Bd. 1, § 29; PÜTTNER, Unternehmen S. 2oo; vgl. insgesamt MARTENS, Öffentlich, §§ 9 ff

2) HÄBERLE, Öffentliches Interesse, S. 349 ff; zum folgenden vergleiche auch oben sub I 2 b

3) zum Begriff: Hans J. WOLFF, EvStL 1966, Sp. 2198; vgl. DERS., VwR Bd. 2, § 71 I a

4) Übersicht über die Staatszwecktheorien bei R. HERZOG, Staatslehre S. 1o7 ff, zu den verschiedenen Rechtfertigungsansätzen des Staates vgl. die Darstellung bei: JELLINEK, Staatslehre, S. 184 ff

5) vgl. in diesem Sinne: KELSEN, Staatslehre S. 4o: "der Staat als Mittel zur Realisierung irgendwelcher sozialer Zwecke",

6) KELSEN, Staatslehre S. 15, aber auch zu den Wechselwirkungen

7) JELLINEK, Staatslehre S. 263; ebenso wie KELSEN am Grundgedanken der Wirkungseinheit orientiert, leitet daraus aber bestimmte Einzelzwecke ab.

8) nach KÖTTGEN, VVDStRL Bd. 6 (1929), S. 1o5 (118) besteht nur eine zufällige Identität von staatlichen Eigeninteressen mit denen des Staatsvolkes; nach PÜTTNER, Unternehmen S. 2oo gehört die Begrenzung aller staatl. Tätigkeit auf das Gemeinwohl als Staatszweck zum Rechtsstaatsprinzip

Unabhängig vom Grad staatlicher Einflußnahme durch Überwachung, Kontrolle, Lenkung bis hin zur partiellen oder völligen Übernahme bzw. Zuweisung einer Angelegenheit zum staatlichen Bereich ist die entsprechende staatliche Aufgabe immer unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses an staatlicher Überwachung bzw. Vollzugssicherung zu sehen.[1] Dies hat seinen besonderen verfassungsrechtlichen Niederschlag im Grundrechtsbereich gefunden. So steht der Konflikt zwischen individueller Entfaltungsfreiheit und staatlichen Ingerenzrechten regelmäßig im Zeichen einer Konkurrenz von öffentlichen und privaten Interessen.[2] Zu den dabei auftretenden Wertungsfragen liegt eine über einzelne Grundrechte hinausgehende umfangreiche Judikatur vor.[3] Im Grundprinzip muß danach jegliche staatliche Einmischung auf Grund der Bedeutung einer Tätigkeit für das Wohl des Gemeinwesens notwendig sein.[4] Staatliche Ingerenz kann aber nur dann erforderlich sein, wenn damit die Erfüllung einer dem privaten Verfügungsbereich entzogenen Aufgabe auch sichergestellt wird. Dieser Aspekt sperrt zum einen die Delegation staatlicher Aufgaben an Dritte zur freien Verfügung, kennzeichnet darüber hinaus die Verantwortlichkeit des Staates als Garant für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung.

---

1) vgl. dazu schon oben sub I 2 b

2) zur Rolle des öffentl. Interesses als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal MARTENS, VVDStRL Bd.30 (1972), S.1 (17)

3) vgl. unter diesem Aspekt die Rechtsprechung zu den "legitimen öffentl. Aufgaben": BVerfGE Bd.10, S.354 (363) Bd.11, S.105 (126); Bd.15, S.235 (241); Bd.17, S.306 (318) und S.371 (376f); Bd.19, S.330 (337); Bd.20, S.150 (159); weitere Nachweise bei: MRONZ, Körperschaften, S.94f

4) BVerfGE Bd.18, S.315 (327); so aus der Sicht des Subsidiaritätsprinzips: RINCK, Wirtschaftsrecht, Rdnr.148

d) Zwischenergebnis

Mit den vorstehend dargelegten Grundzügen staatlicher Sachverantwortung ist die Stellung des Staates im Rahmen der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in zweierlei Hinsicht umrissen. Zum einen handelt es sich um die Rückbindung des Staates an das Volk. Zum anderen wird unter Rekurs auf das vom Grundgesetz rational verstandene Wesen des Staates das Wohl der Allgemeinheit als Bedingung und Grund für die Übernahme einer Tätigkeit in den Bereich des Staatlichen angesehen. Der Staat als Garant für die ihm im öffentlichen Interesse zugewiesenen Aufgaben trägt notwendig auch die sachliche Verantwortung für deren tatsächliche und ordnungsgemäße Erfüllung. Daraus ergibt sich, daß die staatliche Letztverantwortung an der Verwaltungsaufgabe weder delegier- noch verzichtbar ist. Sie wird auch nicht durch die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern obsolet.

4. Finanzierungsverantwortung

Die vorstehenden Ausführungen zur staatlichen Letztverantwortung haben sich auf prinzipielle Fragen beschränkt. Im folgenden wird darauf einzugehen sein, inwieweit damit eine Finanzierungsverantwortung und eine Finanzierungspflicht des Staates im einzelnen verbunden sind.

a) Grundlagen einer Finanzierungspflicht

Bei der Sachverantwortung handelt es sich zunächst um Garantiepflicht dafür, daß eine dem Staatsverband zuerkannte Aufgabe auch tatsächlich erfüllt wird. In diesem Zusammenhang wurde oben bereits die Staatsaufsicht als eine notwendige Folge angesprochen. Dies wird vom Bundesverfassungsgericht neuestens im Urteil zum niedersächsischen Hochschul-

Vorschalt-Gesetz bestätigt.[1] Unabhängig von der Frage, ob die Grundrechte über ihre Abwehrfunktion hinaus als Teilhabe- oder gar Leistungsrechte anzusehen sind [2], kommt darin zum Ausdruck, daß der einmal mit einer Aufgabe befaßte Staat auch für die Sicherstellung und zwar für die dauernde Kontrolle, Überwachung und Korrektur verantwortlich ist. Gleichwohl steht ihm in organisatorischer Hinsicht ein weiter Ermessensspielraum zu, dessen Grenzen hier durch die staatliche Sachverantwortung und die Grundrechte markiert werden. In diesem Rahmen ist ihm allerdings die weitere Ausgestaltung des "Wie" einer verantwortungsgerechten Sicherstellung überlassen.

Da Aufgabenerfüllung aber ohne gleichzeitige Sicherstellung ihrer Finanzierung in Hinblick sowohl auf die verwaltungsmäßige Durchführung als auch auf potentielle Zweckausgaben undenkbar ist, sind insoweit Sach- und Finanzierungsverantwortung unlösbar miteinander verknüpft. Ist der Staat also im Rahmen seiner Letztverantwortung gleichzeitig für die finanzielle Gewährleistung der Aufgabenerfüllung verantwortlich, so zeichnet sich auch hier eine Garantenstellung des Staates ab. Daraus ist eine unmittelbare Finanzierungspflicht des Staates selbst aber nur beschränkt ableitbar.

Primär beinhaltet die globale Verantwortung des Staates nur eine Pflicht, die Finanzierung überhaupt sicherzustellen.

---

1) NJW 1973, S.1176 (1177f) und dazu den kritischen Bericht von MENGER, VerwArch Bd.65 (1974), Heft 1

2) umfassend: v. MUTIUS, VerwArch Bd.64 (1973)

b) Realisierte Finanzierungsverantwortung

Das vorstehend Gesagte mag durch einen Überblick über die vielfältigen, differenzierten Realisierungsformen verdeutlicht werden.
Neben der mittelbaren Finanzierung durch Zuwendungen aus dem allgemeinen Steueraufkommen [1] sind die Träger öffentlicher Verwaltung zum Teil selbst mit dem Recht zur Erhebung von Abgaben (Gebühren, Beiträge) ausgestattet [2]. Mit letzterem auf einer Stufe steht die im Vertrag mit Dritten abgesicherte Finanzierung von Verwaltungsaufgaben, soweit jene dem Gedanken des Leistungsaustausches verhaftet sind. Davon zu unterscheiden ist wiederum der innerbetriebliche Verlustausgleich im Rahmen der Mischverwaltung öffentlicher Unternehmen.
Wie oben zur ursprünglichen Intention des Bundesbahngesetzes ausgeführt wurde, wird die defizitäre Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Überschüsse auf gewinnorientierten Tätigkeitssektoren desselben Unternehmens ausgeglichen. [3] Allerdings wird diese Finanzierungsmethode dadurch verschleiert, daß nur das Unternehmensergebnis in die öffentlichen Haushalte eingestellt wird.
Darüber hinaus wird das System durch vielfältige Formen offener und verdeckter, direkter und indirekter Subventionen erweitert. Eben diese interessieren hier nur mehr am Rande, da es sich um ihrem inneren Grunde nach freiwillige Zuwendungen handelt. Sie sind nicht unmittelbar aus der Sachverantwortung ableitbar, vermögen aber eine Nachschußpflicht des Staates ihrem Ausmaß nach zu begrenzen.

---

1) zum Steuerstaatsprinzip vgl. KÖTTGEN, VVDStRL Bd. 6 (1929), S.105 (121f)
2) vgl. im einzelnen Hans J. WOLFF, VwR Bd.1, § 42 II a 2
3) THIEMEYER, Gemeinwirtschaftlichkeit, S.219 bezeichnet diese Form als Lastenausgleich durch interne Subventionierung; vgl. im einzelnen die Darstellung dort

Gegenüber diesem in groben Zügen dargestellten System, das nach dem Maße seiner in der Praxis allenthalben zu beobachtenden Mischformen weiter zu differenzieren wäre, ist die Stellung des Muttergemeinwesens als Eigentümer von untergeordneter Bedeutung.[1] Die privatrechtliche Zurechnung kraft Eigentum oder Verfügungsmacht wird gegenstandslos oder zumindest von der Sorgepflicht überlagert, die dem Staat global und den Ausführungsorganen durch Gesetz im einzelnen zugewiesen wird.

c) Finanzierung privater Aufgabenerfüllung

Die mannigfachen Konkretisierungsformen der Finanzierungsverantwortung sind ebenso bei der Einschaltung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zu beobachten.
Die Stellung der Notare wurde in diesem Zusammenhang bereits angesprochen.[2] Im Prinzip ähnlich, im einzelnen wesentlich differenzierter sind die Technischen Überwachungsvereine ebenfalls mit dem Recht zur Gebührenerhebung ausgestattet, kehren dieses aber zum Teil in Form eines Gehalts an die Sachverständigen aus. Ferner erfolgt die Einschaltung Privater in die Erfüllung gemeindlicher Versorgungseinrichtungen unter gleichzeitiger Finanzierung über das Gebührenaufkommen. Gerade der kritische Fall, in dem die Finanzierung privater Aufgabenerfüllung nicht ausdrücklich geregelt ist, zeigt Affinitäten zur Mischverwaltung durch öffentliche Unternehmen auf. Hier wie dort bedient sich der Staat leistungsfähiger Apparaturen, um die Aufgabenerfüllung sicherzustellen. In der rechtlichen Konstruktion identisch ist der Private gehalten,

---

1) vgl. die Kontroverse zwischen LANGE, DVBl 1971, S.775 (776); und wie hier: FROMM, DVBl 1971, S.780 (781)

2) siehe oben sub IV

die Aufwendungen für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Überschüsse aus sonstiger Tätigkeit selbst zu tragen.

Hat der Überblick über die Finanzierungsformen gezeigt, daß dem Staat ein umfassendes Instrumentarium zur finanziellen Absicherung der Aufgabenerfüllung an die Hand gegeben ist, so kann eine Finanzierungspflicht des Staates selbst nur dann eintreten, wenn von ihr allein die Aufgabenerfüllung abhängt. Da sie also nicht notwendig Folge der allgemeinen Finanzierungsverantwortung ist, führt diese auch nicht automatisch zum Ausgleich für die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private.

5. Aufgabenwahrnehmung und Kostentragung

Unter dem Aspekt funktionsgerechter Finanzierung ist auf der Grundlage vorstehender Darstellung zwischen der Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung und der Ausgestaltung der Kostentragungspflicht streng zu unterscheiden. Allein die Tatsache, daß mit der Zuweisung von Verwaltungsaufgaben nicht immer gleichzeitig die Finanzierungsfrage ausdrücklich mitgeregelt ist, rechtfertigt nicht die Annahme einer diesbezüglich indifferenten Haltung des Staates. Implicite wird vielmehr auch die Pflicht des Privaten begründet, die Aufwendungen für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Überschüsse aus anderen Tätigkeiten selbst zu tragen.
Daran knüpft die Frage an, ob und wann diese den Mischverwaltungsprinzipien ähnliche Methode nicht mehr zu rechtfertigen ist, ob dadurch die Wahrnehmungspflicht hinfällig wird oder ob der Staat dann selbst zur Finanzierung verpflichtet ist.

a) Defizit und Einstandspflicht

Im wesentlichen unproblematisch ist der Fall, daß der Private - aus welchen Gründen auch immer [1] - finanziell nicht zur Aufgabenerfüllung imstande ist. In diesen Zusammenhang gehört die in der Literatur zur Garantiestellung der Gemeinden für ihre Sparkassen entwickelte Auffassung. [2] Leidet die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung unter den Liquiditätsschwierigkeiten des Aufgabenträgers, so wird die Sachverantwortung zur Finanzierungspflicht aktualisiert. Allerdings ergeben sich für die kommunalen Sparkassen insofern Sonderprobleme, als ihre ursprünglichen Aufgaben zunehmend im Schwinden begriffen sind, so daß damit eine staatliche Sachverantwortung obsolet zu werden droht. Aktuell wird diese Finanzierungspflicht z.B. für diejenigen NE-Bahnen, bei denen aus Liquiditätsgründen eine ordnungsgemäße Erfüllung der ihnen übertragenen Beförderungsaufgaben nicht mehr gewährleistet ist. [3] Die unmittelbare staatliche Finanzierungspflicht tritt zumindest so lange ein, bis die tatsächlichen Voraussetzungen für das vom Staat ursprünglich gewählte System der (partiellen) Eigenfinanzierung wieder hergestellt sind oder aber der Staat eine andere Aufgabenerfüllungs- oder Finanzierungsform wählt. Auf Grund seiner Garantiestellung tritt also seine unmittelbare Finanzierungspflicht mangels anderweitiger Sicherstellung der Aufgabenerfüllung ein. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn mit der hinfällig gewordenen Kostentragungsregelung auch

---

1) eine Finanzierungspflicht entfällt allerdings schon dann, wenn die Übertragung zwangsläufig zur Illiquidität führt, also von daher rechtswidrig ist; vgl. dazu die Ausführungen oben sub II/1

2) s.o. sub V 1 b

3) vgl. dazu KONOW, DÖV 1972, S. 25 (27) und Nachweise oben sub I

die Verwaltungsaufgabe obsolet würde und damit die Letztverantwortung des Staates entfiele. Da jene aber nur Begleitumstand einer für so notwendig gehaltenen Aufgabe ist, daß diese in den Bereich des Staatlichen Überführt wurde, kann sich der Staat auch nicht ohne weiteres der Verantwortung für ihre Erfüllung entledigen.

b) Gleichheit und Finanzierung

Die Lage stellt sich anders dar, wenn der Aufgabenerfüllung rein tatsächliche Gründe nicht entgegenstehen, wenn die Wahrnehmungspflicht als solche zwar verfassungsrechtlich unbedenklich, die vom Staat in Verfolg seiner Sach- bzw. Finanzierungsverantwortung getroffene Kostenregelung aber davon losgelöst rechtlich zu beanstanden ist. So kann der Private selbst zur Kostentragung herangezogen worden sein, weil nach der Marktlage oder auf Grund staatlicher Preislenkung die Abwälzung auf Abnehmer anderer von ihm angebotener Leistungen nicht in Betracht kommt. Wenn eine Abgeltung weder über (kostendeckende) Gebühren direkt noch über die Preisbildung auf anderen Tätigkeitsfeldern zu erreichen ist, so ist eine Affinität zu zweckgebundenen Abgaben [1] unverkennbar [2]. In der Wirkung ähnlich wird der Private über den Zwang zu innerbetrieblichem Verlustausgleich verdeckt zur Finanzierung öffentlicher, d.h. hier staatlicher Aufgaben herangezogen. Dies wird im Beschluß des Bundesverfassungsgerichts[3] zur Begrenzung der Tätigkeitsentschädigung für gerichtliche Sachverständige evident. Einerseits diene die Entschädigungsregelung - entgegen dem früheren

---

1) insgesamt hierzu MUSSGNUG, Abgabe S.259ff

2) so auch OSSENBÜHL, VVDStRL Bd.29 (1971), S.181; THIEMEYER, Gemeinwirtschaftlichkeit, S.223

3) AS Bd.33, S.240ff

Vergütungsprinzip - dem Interessenausgleich zwischen Sachverständigem und rechtssuchendem Publikum, andererseits entlaste sie die öffentlichen Haushalte. Diese Entlastungsfunktion steht immer dann im Mittelpunkt, wenn der Indienstgenommene unentgeltlich zu Sozialleistungen für Dritte herangezogen wird.[1)]

Der Ansatz wird nicht dadurch verändert, daß der Private seine Kosten auf die Abnehmerschicht anderer Leistungen abwälzen kann. Die mittelbare Heranziehung zur Finanzierung staatlicher Aufgaben ist wie bei der Mischverwaltung öffentlicher Unternehmen spätestens dann äußerst problematisch, wenn dergestalt verschiedene Betriebseinheiten aneinander gekoppelt werden, die Abnehmer auf Gewinnmaximierung kalkulierter Leistungsangebote die Defizite auf dem Sektor der Verwaltungsaufgaben mitzufinanzieren haben.[2)] In besonderem Maße anfällig sind hierfür die (rechtlich oder tatsächlich) monopolistische Strukturen aufweisenden Unternehmen.[3)]

Gleichwohl haben diese Aspekte in der Trennung von Wahrnehmungspflicht und Finanzierungspflicht des Privaten nur Auswirkungen auf den Ausspruch der Steuerungerechtigkeit, der Verletzung des Gleichheitssatzes. Art.3 Abs.1 GG bietet nicht nur deshalb keinen Anspruch auf Finanzierung, weil dem Staat hierfür verschiedene Möglichkeiten zur Finanzierung (unmittelbar oder über Abgaben) offenstehen.

---

1) zu den Bedenken gegen eine derartige Umverteilung RUFNER, Formen S.161; unter Hinweis auf STERN-PÜTTNER, Grundfragen S.95

2) keine Bedenken gegen den innerbetrieblichen Kostenausgleich zwischen Personen- und Güterverkehrssektor bei der Bundesbahn hat das BVerfGE Bd.16, S.147 (175)

3) dazu RÜFNER, Formen S.161; insbesondere zur Bundespost S.159

Wenn zum einen die Kostentragungspflicht des Privaten rechtswidrig ist, entfällt für diesen auch die notwendig an die Finanzierungsfrage gekoppelte Pflicht zur Aufgabenwahrnehmung. Zum anderen wird dadurch nicht die sachliche Zuständigkeit des Privaten beseitigt. Ebensowenig wie im Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit kann dem Privaten daraus ein Anspruch erwachsen, da die hiermit zur Finanzierungspflicht aktualisierte Finanzierungsverantwortung aus dem demokratischen Prinzip abgeleitet dem Volke insgesamt gegenüber besteht.

Insoweit ist der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private die staatliche Finanzierungsverantwortung zur Seite gestellt. Mit Aktualisierung staatlicher Finanzierungspflicht korrespondiert aber nicht notwendig auch ein Anspruch des Privaten.

Lebenslauf

Am 14. Juni 1945 wurde ich als 4. Sohn des Bundesbahndirektionspräsidenten Dr. Ing. Carl-Heinz Eckhardt und seiner Ehefrau Linde, geb. Mack, in Kirchheim/Neckar geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach den Schuljahren in Gelsenkirchen, Duisburg und Minden legte ich dort im Februar 1965 die Reifeprüfung ab. Bis 1967 war ich bei der Bundeswehr und nahm im SS 1967 in Gießen das Jurastudium auf. Im WS 1969/7o wechselte ich nach Münster, studierte gleichzeitig Betriebswirtschaft und beendete das Jurastudium im November 1971 mit dem 1. Staatsexamen.

Nach einem halben Jahr Referendardienst wurde ich im Juli 1972 zur Durchführung der Promotion beurlaubt. Bis Ende 1973 verwaltete ich gleichzeitig eine wissenschaftliche Assistentenstelle an der Universität Münster. Zur Zeit stehe ich im Vorbereitungsdienst des Landes Hessen.

Limburg/Lahn im Februar 1974